J. rom. m.
477 pb

T. com. m.

Stintzing

477 pb

<36632242090010

<36632242090010

Bayer. Staatsbibliothek

Zur

Besitzlehre.

Kritische Streifzüge

von

Wolfgang Stintzing.

Motto: Irrige Ansichten widerlegt man, falsche Richtungen bekämpft man. Wer kämpfen will, muß Waffen zur Hand nehmen, und um so schneidigere, je gefährlicher der Gegner ist, der ihm gegenübersteht. (Jhering, Besitzwille Vorrede S. XII.)

München
Theodor Ackermann
königlicher Hof-Buchhändler.
1892.

3478

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

I. Dogmatischer Überblick.

§ 1.

Verfasser hat in seiner Schrift über den Besitz den Versuch begonnen, die Besitzlehre einmal von einem andern Gesichtspunkte aus, als es bisher geschehen, zu betrachten.

Während fast alle Schriftsteller seit Savigny, auch noch die neuesten, von der Beziehung der Person zur Sache ausgehen, hält er eben dies für den Grundirrthum der ganzen Lehre. Er erblickt in dem Besitz vielmehr eine thatsächliche Macht-Beziehung über die Mitmenschen, nicht über die Sache.

Die Beziehung der Person zu der Sache, die Macht über die Sache ist gar nichts, was für das Recht irgend Bedeutung hat. Die willenlosen Sachen, die unvernünftigen Thiere stehen in einer natürlichen Servitus aller Menschen. Diese Unterworfenheit begründet die Rechtsordnung nicht; der Mensch muß sie vielmehr selbst herstellen. Die hergestellte Macht giebt auch an sich gar keinen Gesichtspunkt für die Rechtsordnung. Für diese ist allein maßgebend die Beziehung der Person zu den Mitmenschen. Jemand kann auf einer Sache stehen, sie im buchstäblichsten Sinne besitzen, sie in der Hand haben und sie dennoch nicht besitzen. Jemand kann in Amerika sein und ein in Deutschland liegendes Grundstück besitzen, während sich viele andere Mitmenschen dauernd auf demselben befinden. Wer von zwei Personen, welche an einem Tische sitzen, eine darauf liegende Sache besitze, wer das in einem gemeinschaftlichen Schrank hängende Kleidungsstück besitze, darüber giebt die raumzeitliche Machtbeziehung gar keine Auskunft. Zahllose Dinge werden zu Besitz erworben, ohne daß der Erwerber auch nur einen Augenblick mit der Sache in irgendwelche räumliche Beziehung tritt.

Es ist Jemandem gelungen, ein Vacuum der menschlichen Willenssphäre bezüglich einer Sache zu erzeugen, er hat den auf Unterlassung jeder eigenmächtigen Verfügung über die Sache erlassenen Befehl gegen Jedermann durchgesetzt, er hat den Willen Anderer bezüglich eines Objektes gebannt, und er ist deßhalb Be-

sitzer. Was er mit dieser Bannung weiterhin bezwecke, kommt zunächst nicht in Frage. Es genügt, daß er den Bann ohne Hintergehung oder Vergewaltigung bewirkt, d. h. ein Verbot eigenmächtiger Verfügung über die Sache durchgesetzt hat.

Diese den Mitmenschen gegenüber begründete Macht vermag ich nicht besser zu kennzeichnen, als daß ich sie thatsächliche servitus non faciendi nenne. Denn durch Anknüpfung an diesen Römischen Begriff wird dem Gedanken der Willens-Bannung am klarsten Ausdruck gegeben. Deutsch bezeichne ich dieses Verhältnis als Ausschluß, indem ich in der Gewahrsame (custodia) nur das Mittel erblicke, den Ausschluß aufrecht zu erhalten. Deutsch könnte ich dasselbe auch als Gewere bezeichnen, wenn nicht bei diesem germanistischen Terminus dieselben Streitfragen wiederkehrten, wie bei der Römischen Besitzlehre.

Wesentlich also differire ich von der bisher herrschenden Ansicht, wie auch noch mit Ihering. Ich behaupte, daß jede Beziehung zur Sache etwas durchaus Momentanes ist, während auch Ihering in dem Sich in Beziehung Gesetzthaben zur Sache, in der Bethätigung des Aneignungs-Willens (Besitz-Wille S. 24, 25 Z. 6 u. 7 v. u.) in der Herstellung der entsprechenden äußeren Beziehung zur Sache den Erwerb des Besitzes und damit auch den Besitz selbst erblickt. Denn erfolgt der Besitz-Erwerb mittelst Herstellung der (dem Interesse entsprechenden) äußeren Beziehung der Person zur Sache, so muß der Besitz als Resultat dieser Handlung doch eben diese äußere Beziehung sein.

Hier gilt es noch auf einen Punkt einzugehen. Man wird unserer energischen Zurückweisung der Beziehung der Person zur Sache die Savignysche Definition entgegenhalten: Möglichkeit der Reproduction des Wollens (Besitz S. 354) und wird sagen: Natürlich ist diese Möglichkeit nicht als physische, sondern als geistige, als ethische gedacht. Man wird sagen: es handelt sich natürlich um die ethische Möglichkeit d. h. um die Gestattung der Mitmenschen. Der Fortschritt, welcher in dieser Interpretation enthalten ist, soll nicht in Abrede gestellt werden. Allein:

1. ist die Möglichkeit doch etwas auf die Zukunft Gehendes und nichts Vorhandenes, mithin doch erst die in jedem Augenblick eintretende Wirkung eines vorhandenen Zustandes und diese Ursache sehen wir im Ausschluß.

2. aber sagt diese Möglichkeit bereits zuviel, wofern sie eine ethische oder geistige ist. In Wirklichkeit ist nämlich der Besitz keine geistige Möglichkeit der Bethätigung des Rechts-Inhalts, sondern nur die durch eine Person hergestellte geistige Unmöglichkeit der Bethätigung des Rechts-Inhalts durch Andere, was gewiß nicht dasselbe. Denn wer etwas verbieten kann, dem ist deßhalb gewiß noch nicht gestattet, das seinem Verbot Entgegengesetzte selbst zu thun. Aber Ethik und Physis bleiben immer nur die Mittel, deren sich die Person bedient, um den Ausschluß herzustellen und zu erhalten. Der Besitz selbst ist der vermittelst dieser hergestellte Zustand.

Ich glaube, daß jeder Theoretiker und Praktiker die Vereinfachung, welche aus dieser Auffassung des Besitzes entsteht, alsbald erkennen wird. Nur durch diesen Ausgangspunkt; nemlich

1. daß der Besitz kein raumzeitliches Verhältniß zur Sache ist;
2. daß derselbe ein negatives Verhältnis ist,

kann den zahlreichen Widersinnigkeiten entgangen werden.

Es löst sich damit einerseits die Schwierigkeit, den Besitz-Erwerb durch Censens zu erklären, andererseits wird es nur so möglich, das Problem des Besitz-Willens klarzustellen. Denn das constitutum possessorium, dessen praktische Nothwendigkeit heute wohl nicht mehr zu bestreiten ist, erklärt sich dann dadurch, daß in Wirklichkeit jede Besitz-Uebertragung constitutum possessorium ist. Denn, wie nur wir, nicht die Römer, einen Unterschied zwischen constitutum possessorium und realer Uebergabe kennen, so ist es in der That völlig unmöglich, eine feste Grenze zwischen consensualer und realer Besitz-Uebertragung zu ziehen; so ganz offenbar bei Grundstücken und schwer transportirbaren Gegenständen, so bei Tradition durch Signirung u. s. w. (cf. das unter Bähr Gesagte.)

Ebenso muß jede Theorie, die von einer Beziehung der Person zur Sache ausgeht, nothwendig auf den animus domini und damit auf den alten circulus vitiosus zurückkommen.

Endlich kann nur dadurch jene entsetzliche Konfusion beseitigt werden, welche durch Verwechselung der Fragen entsteht: Ist ein Objekt vorhanden? und: Ist Besitz vorhanden? Aus dieser Verwechselung stammt das Streben, aus dem Besitz ein wirthschaftliches Verhältnis zu machen. Als Prototyp dieser Auffassung verweise ich auf die Ausführungen von Reatz: „Ist die Sache lebend,

so bedarf es zur Erlangung und Erhaltung ihres Besitzes des Aufwandes eines gewissen Maaßes von Kraft und körperlicher Gewalt des Menschen, um den in ihr lebenden Freiheitstrieb zu bändigen und wirkungslos zu machen. So lange das verfolgte Wild sich wehrt, Widerstand entgegensetzt, und sich durch die Flucht noch retten kann, so lange ist kein Besitz erworben."

Es ist ersichtlich, daß sich diese Deduction nur indirekt mit dem Besitz beschäftigt: Besitz ist nemlich deßhalb nicht vorhanden, weil gar kein wirthschaftliches Objekt vorhanden ist. Welches Maaß soll aber etwa die Rechts-Ordnung erfinden, um zu bestimmen, wann ein Theil der Außenwelt Sache im Sinne des Gesetzes geworden ist? Wieviel Fuß muß sich der Jäger dem Wild genähert haben, damit man sagen könne, es sei wirthschaftliches Objekt?

Sehen wir zu, wohin wir damit kommen werden! Die Rechtsordnung müßte für jede Klasse von Sachen bestimmen, wann sie begonnen habe, Objekt zu werden.

Mit der Schaffung des Objektes aber hat die Rechtsordnung gar nichts zu thun. Denn ihre Aufgabe ist es nicht, Rechtsgüter zu schaffen, sondern die Beziehungen zwischen den Menschen zu ordnen. Daher kann sie auch bei der Produktion, bei der Occupation, ja sogar bei der erst in Aussicht genommenen Produktion nur fragen, ob der Produzent, Occupant, Unternehmer bereits den Willen Anderer gebannt hat. Auch ohne daß der Erwerber bereits die physische Macht hergestellt hat, kann er bereits den Willen Anderer bezüglich des erst in Aussicht zu nehmenden Gewinnes bannen. Und weil dieses Bannen sich imGebiete der Geister vollzieht, so waltet dasselbe Prinzip bei den körperlichen wie den unkörperlichen Sachen (Patent). Man verstehe mich nicht falsch, wenn ich sage, es vollziehe sich dieser Vorgang im Gebiete der Geister. Um mit einer Person in Beziehung zu treten, bedarf es zweifellos des körperlichen Aktes, und sei dieser auch nur ein Wort, eine Miene, ein Zeichen; aber zu betonen ist, daß der Besitz-Erwerb keineswegs ein Vorgang an dem Objekt sein muß, sondern nur bezüglich des Objektes.

Es ist ja auch von Bekker (Besitz) längst hervorgehoben, daß corpore acquirere possessionem nichts anderes bedeute, als daß die Bethätigung des Besitz-Erwerb-Willens eine körperlich erkennbare sein müsse. Dabei kommt gar nichts auf das Geschehen an

der Sache, alles dagegen auf das bezüglich der Sache an. Denn oculis et affectu wird der Besitz gewiß nicht deswegen erworben, weil das menschliche Auge auf die Sache trifft, sondern weil es das Auge des Gegners trifft, mit diesem in Einverständnis kommt und ihm ein Halt gebietet.

Würde aber die Rechtsordnung in den vergeistigten Fällen des Besitz-Erwerbes den Besitz-Schutz verweigern, so würde sie in Wahrheit die Gewalt und Hintergehung schützen.

§ 2.

Was nun den Besitz-Willen betrifft, so ist auch dieser, wie das objektive Element, negativer Natur. Er ist nicht animus domini, sondern affectio tenendi. Ich bin in meiner ersten Abhandlung nicht auf die Frage eingegangen, ob Besitz-Wille und Corpus ein und dasselbe sind, d. h. nur zwei verschiedene Seiten desselben Dinges. Ich werde auch jetzt nicht auf diese Frage eingehen, weil dieselbe in das Gebiet jener in absehbarer Zeit nicht zu lösenden Probleme der Philosophie gehört. Für uns trägt diese Frage nichts aus. Ob bei der Handlung Wille und körperlicher Vorgang eins sind, zwei verschiedene Vorgänge, oder zwei Seiten ein und desselben Vorganges, ist für die Beantwortung unserer Fragen nicht entscheidend.

Dagegen unterscheiden wir am Besitz zwei verschiedene Elemente: das objektive und das subjektive. Nicht als Wille und That, sondern als Zustand des Subjekts und der Außenwelt: Derjenige, welcher Besitzer ist:

1. will den Ausschluß,
2. hat den Ausschluß hergestellt.

Jenes ist ein Zustand des Subjekts, dieses ein Zustand der Mitmenschen, nemlich eine Unfreiheit derselben, eine Fesselung ihres Willens-Vermögens.

Ein solcher Ausschlußwille ist nun offenbar bei allen denen vorhanden, welche das R. R. als Besitzer bezeichnet; so bei den als Eigenthümer, qua Eigenthümer, Pfandgläubiger und Sequester Besitzenden. Es ist dies von mir in meiner früheren Abhandlung nachgewiesen und kann daher übergangen werden.

Dagegen bedarf der Wille des Prekaristen noch einer näheren Betrachtung.

Ich hielt bisher das precarium für eine in unsrer Zeit überlebte Institution. Vielseitige Beobachtung hat mich aber überzeugt, daß das precarium in unserm Verkehr eine viel größere Rolle spielt, als ich ihr zuschrieb. In außerordentlich vielen Fällen nämlich reicht das Commodat durchaus nicht zu, um damit die Leih-Verhältnisse zu regeln. Im Gegentheil sehe ich mich zu der Annahme gedrängt, daß für das precarium dem Commodat gegenüber die Präsumtion spricht. Und zwar aus einem doppelten Grunde:

1. Es ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, daß der Verleiher die Sache unbedingt dem Entleiher so lange belassen wolle, als dessen Gebrauch dauert. In den zahllosen Gebrauchsleihen des Verkehrs ist es den Parteien näherliegend, der Verleiher könne je nach Willkür die Sache wieder entziehen, und sich gerade dadurch gegen Mißbrauch und Verderb schützen, daß er jeden Augenblick widerrufen darf.

2. Insbesondere aber ist der Gebrauch bei allen nur dem Gebrauche dienenden Gegenständen kein in sich begrenzter. Wann ist der Gebrauch eines Buches vollendet, wenn der Entleiher Monate lang mit dem Lesen pausirt? Commodatum leitet sich ab von commodum. Und commodum ist ein gelegentlicher, besonderer Vortheil, den das Objekt mit sich bringt oder den es dem Entleiher darbietet. Die Gebrauchsleihe aber ist in den meisten Fällen prekaristisch gedacht, weil sonst der Gebrauch ad infinitum ausgedehnt werden könnte. Mit andern Worten: Der Gebrauchsleiher wahrt sich eine diskretionäre Gewalt dem Entleiher gegenüber, die er durch Widerruf geltend macht. Wirkt dieser Widerruf nicht, so darf er zwar nur ausnahmsweise zur Selbsthilfe schreiten, in keinem Falle aber hat er nöthig, erst die weitläufige Commodatsklage anzustellen, sondern es genügt die Besitzklage, das Interdikt.

Das R. R. kannte nun zwei Formen des precarium, einmal das precarium possessionis und dann das nackte Gebrauchsprekarium (in possessione esse fr. 6 § 2 de prec). Nur das letztere ist heute praktischen Rechtes; denn für eine prekare Besitzübertragung spricht gewiß nie eine Vermuthung. Der Prekarist wird auch im Besitzprozeß den Auktor benennen oder weichen müssen. Somit haben wir den Prekaristen bezüglich des Besitzprozesses auf eine Stufe mit den alieno nomine possidentes, nicht zu den pro alieno possidentes zu stellen.

In den übrigen Fällen, also bei den suo nomine pro alieno possidentes,[1]) ist aber der maßgebende Wille nicht der, über die Sache zu verfügen, sondern der nächste Zweck ist der, daß der Gegner oder jeder Gegner über die Sache nicht verfüge.

Nun wird sofort erhellen, daß dieser Zweck nicht der letzte sein kann. Und es fragt sich, ob es richtig ist, den weiteren Zweck als Bestandtheil des Besitzwillens zu postuliren.

Der Weg, den der Wille bei der That beschreitet, wird von Berner (Strafrecht S. 118) dahin beschrieben: „Um die Befriedigung des Bedürfnisses zu erreichen, muß sich der Wille auf die Ausführung eines Gedankens, auf die Herbeiführung eines Erfolges richten (Absicht). Die Absicht kommt zur Ausführung, indem sich der Wille mit dem erforderlichen Maaß der Energie an die Außenwelt heranbegiebt, d. h. durch den mehr oder minder festen Vorsatz. Demnach ist die Entstehung des dolus im Innern des Subjectes ein Fortgang vom Zwecke zur Absicht, und von der Absicht zum Vorsatze. In umgekehrter Reihenfolge treten dieselben Begriffe bei der Verwirklichung des dolus auf. Es muß zuerst die Außenwelt energisch angegriffen werden (Vorsatz). Das Ergebniß dieser Thätigkeit ist sodann der verwirklichte Erfolg (Absicht). Und aus diesem Erfolge schöpft letztlich das Subjekt seine Befriedigung. Aus dem Zwecke geht die Bewegung des Willens hervor, um in ihm auch ihren Abschluß zu finden."

Sehen wir hier von der Unterscheidung von Absicht, Vorsatz und Zweck ab, so erhalten wir jedenfalls das Resultat, daß das, was bei dem Willen vor der That erster Zweck ist, durch die Ausführung als zweiter Zweck hinter den ursprünglich zweiten zurücktritt. Die Absicht also, die zur Besitzergreifung geführt hat, wird in der Besitzergreifung zweiter Zweck. Da es sich nun beim Besitz um den Erfolg handelt, da es sich um Schutz des Erfolges handelt, so ist jedenfalls der zum ersten Zweck gewordene zweite Zweck und ebenso der erste Erfolg etwas Trennbares und getrennt zu Beurtheilendes. Angewandt also: Es ist die Möglichkeit vorhanden, diesen erfolgten Zweck getrennt

---

[1]) Für Kenner des Corpus Juris ist wohl der Hinweis, daß man suo nomine pro alieno besitzen kann, überflüssig; der Faustpfandgläubiger besitzt suo nomine pro alieno d. h. er besitzt in eigenem Namen eine fremde Sache. Ebenso der Römische Sequester.

zu cognoszíren, ganz unabhängig davon, welchen weiteren Zweck der Erwerber damit im Auge hat, unabhängig davon, welche Absicht den Erwerber bestimmt hat. Denn der zum ersten Zweck gewordene zweite Zweck ist bei allen denen, welche das R.-R. als Besitzer bezeichnet, der völlig gleiche, in Willen und That. Welches ist nun aber beim Besitz dieser durch und in der Ausführung zum ersten Zweck gewordene zweite Zweck. Ich glaube, sowohl bezüglich des subjektiven als des objectiven Elementes ist es der Ausschluß.

Und eben dadurch unterscheidet sich Besitzwille und Besitzzustand so wesentlich von der possessio alieno nomine. Den Beweis, daß der Besitz keine Beziehung der Person zur Sache sei, haben wir erbracht. Von der Beziehung der Person zu den Mitmenschen gehen wir aus.

1. Es will Jemand eine Sache zu Eigenthum oder zum Pfande haben; sein Zweck also ist entweder, beliebig mit der Sache schalten und walten zu können oder dieselbe als Befriedigungsmittel für seine Forderung zu erhalten. Er schreitet zur Absicht, indem er den betreffenden Vertrag schließt, und verwirklicht diese Absicht. Er schreitet zum Vorsatz, indem er die Sache ergreift, sie signirt, constituirt ꝛc. Dieser letzte Vorgang hat aber nur eine Wirkung, welche juristisch in Betracht kommt; und zwar auch dann in Betracht kommt, wenn der Gegner eine andere Absicht gehabt hat. Indem er sich selbst oder andere Sachen, an denen der Gegner sein Eigenthum nicht bestreitet, davorstellt und der Gegner darauf eingeht, hat er mit Vorsatz den Gegner ausgeschlossen. Denn gerade der zum zweiten Zweck gewordene erste Zweck kann nur auf Grund der Prüfung des Rechtsgeschäftes anerkannt werden.

2. Es okkupirt Jemand eine Sache. Sein „Zweck“ ist, mit der Sache beliebig schalten und walten zu können. Seine Absicht verwirklicht er, indem er die günstige Lage wahrnimmt, daß Niemand ihm Widerstand entgegensetzt, seinen Vorsatz, in dem er die Sache ergreift, das okkupirte Grundstück einfriedigt u. dergl. Aber eben dieser letzte Vorsatz trägt garnichts von dem weiteren Zweck in sich, sondern in Erfolg und Willen nur den negativen Bestand des Ausschlusses fremder Eigenmacht.

Nicht also die Inhabung, nicht die thatsächliche Macht über das Objekt, nicht die Nutzung, der Gebrauch, die Verwendung ist

subjektiv oder objektiv das Wesentliche, sondern die externe Wirkung gegen die Mitmenschen, und zwar hier zunächst nur das Nicht=thunkönnen, das Unterlassenmüssen der Anderen. Die Frage aber, ob der Occupant Eigenthümer geworden, läßt sich erst auf Grund der Untersuchung, ob die Sache res nullius gewesen sei, prüfen und entscheiden.

Wie aber verhält sich Wille und Erfolg bei den sog. In=habern, den Besitzern in fremdem Namen? Für die materialistische Anschauungsweise, welche das raumzeitliche Verhältniß der Person zur Sache als ausschlaggebend ansieht, bleibt alles dasselbe. Der Erwerber setzt sich in die thatsächliche Macht, er bethätigt den Aneignungswillen, er konstatirt sein Interesse. Denn er nimmt die Sache in Gebrauch, oder bringt sie in seine Gewahrsame so gut wie der Besitzer. Völlig anders vom Standpunkte der Willens=beziehung aus.

Auch Miether, Pächter wollen mit der Sache schalten und walten; vielleicht etwas kürzere Zeit. Aber kann nicht auch der Eigenthümer die Sache nur vorläufig nützen wollen, um sie dann bald wieder zu verkaufen? Vom Standpunkte des Zweckes aus sind die Detentoren vom Besitzer nicht sehr wesentlich verschieden. Gleich bei der Absicht aber tritt ein wesentlicher Unterschied ein. Damit der Erwerber die Sache völlig nach Gutdünken behandeln könne, damit ihm die Befriedigung seiner Forderung gesichert sei, sichert er die Sache durch den Vertrag vor fremdem Zugriff. Miether und Pächter dagegen schließen einen Vertrag, wodurch sich der Gegner verpflichtet, sie durch denjenigen Ausschluß bei ihrer Nutzung zu sichern, welchen er den Andern gegenüber her=gestellt hat. Der Vermiether praestat possessionem, d. h. er leistet für seinen, nicht des Miethers Besitz Gewähr. Und auch der Commodatar wird durch den Besitz des Commodanten geschützt. Am deutlichsten aber tritt der Gegensatz im Zeitpunkte des Vor=satzes ein. Das Beziehen der Wohnung, des Grundstücks, die Ansichnahme der Sache hat vom Standpunkte der rein äußeren Handlung Alles, von unserem Standpunkte aus ganz und gar nichts mit dem Besitzerwerb gemein. Jene Detentoren sind bei ihrer Nützung in possessione, d. h. im Besitzgebiet des Besitzers. Da ist von einem Mitbesitz keine Rede. Ihre Verpflichtung zur custodia befugt sie zur Wahrung des fremden Besitzes im Namen

ihres Mitcontrahenten. Als Inhaber im fremden Namen müssen sie dem Vertrage gemäß ihren Autor benennen. Würden sie selbständig die Defensive übernehmen, so begingen sie einen Vertragsbruch gegen den Besitzer, wofern sie nicht als negotiorum gestor auftreten. Benennen sie den Autor und bleibt dieser trotz wiederholter Ladung aus, so tritt nach c. 2 Cod. 3, 19 translatio possessionis auf den Kläger ein, wie Bolgiano neuerdings schlagend bewiesen hat (Archiv für civilistische Praxis B. 76: Zur Lehre von den prozeßdilatorischen und prozeßhindernden Einreden (S. 321 ff.)*) Es geht daraus hervor, daß eben in der nominatio autoris das Zugeständniß liegt, nicht Besitzer zu sein. Auch dem Besitzer gegenüber machen diese Inhaber keineswegs ein Besitzrecht geltend. Ex justa causa können sie zwar retniren; aber die Retention bestreitet keineswegs den Besitz des Gegners (fr. 20 D. de poss.). Das hat die ungemein wichtige Folge, daß der Inhaber als solcher nie die Beweisfreiheit genießt, sondern stets auf den Nachweis seines mit dem Gegner geschlossenen Vertrages angewiesen ist. Erhebt sich aber der Inhaber aus eigner Macht zum Besitzer, so begeht er eine Dejektion.

Aus allem diesem geht hervor, daß die Inhabung weder Besitz ist, noch mit diesem die Rechtsfolgen gemein hat. Der ganze Irrthum erwächst aus der Auffassung des Besitzes als thatsächlicher Macht über die Sache.

§ 3.

Da es nun in der Besitzlehre auf autoritativer Seite Ton

---

*) Während ich diese Aufklärung Bolgiano's, welche in mir einen großen Zweifel auf dem glücklichsten Wege beseitigt hat, freudig begrüße und acceptire, kann ich mich nicht einverstanden erklären, daß der Kläger, dem die possessio transferirt wird, nicht noch trotzdem das Recht haben sollte, auf dem Wege der Feststellungsklage sein Eigenthum zu bewähren. Denn, da er nur Besitzer geworden, so ist ihm damit nur das Besitzrecht zugesprochen. Diese Uebertragung giebt ihm noch keineswegs an sich die Stellung des bonae fidei possessor. Er hat also ein wesentliches rechtliches Interesse, sich von dem Risiko, das er durch Nutzung des Objekts trotz Drohens einer Vindikation läuft, sich zu befreien. Aber dieses Interesse existirt nicht, wenn der Besitz den animus domini in sich trägt. Dann muß mit dem Besitzrecht das Eigenthumsrecht übertragen sein. Ich muß daher Bolgiano auch insofern dankbar sein, als er mich zu einer interessanten Frage angeregt hat, die für meine Besitztheorie außerordentlich wichtig ist.

geworden, Vorwürfe gegen die ganze Jurisprudenz zu schleudern, so wage auch ich derselben einen solchen zu machen. Es ist der alte, den schon die Römer ihren Gegnern machen: Separata esse debet possessio a proprietate. Darin liegt der Keim aller Irrthümer. Er entsteht eben aus dem Samen der thatsächlichen Gewalt über die Sache.

Den einzigen Anhaltspunkt, welchen die Lehre der Gegner hat, findet sie in der naturalis possessio und in dem durch sie gegebenen Selbstvertheidigungsrecht.

Man übersieht immer, daß das thatsächlich Erfolgte unabhängig von den Intentionen des Rechtsgeschäftes durch den Erwerber bewußt und gewollt hervorgebracht sein kann. Allerdings ist es richtig, daß nur derjenige, welcher wie ein Eigenthümer, Pfandgläubiger, Sequester verfahren will, den Besitzwillen hat. Aber die Behauptung, Eigenthümer, Faustpfandgläubiger, Sequester zu sein, bleibt, bevor in die Vindikation eingetreten wird, nichts als Behauptung. Diese ist keineswegs imstande, den Inhaber als Eigenthümer u. s. w. zu legitimiren, sondern sie beweist dem Richter zunächst weiter nichts, als daß der Inhaber den Besitzwillen hat.

Behauptet aber Jemand Miether, Pächter, Kommodatar u. dergl. zu sein, ja beweist er selbst den betr. Vertrag, so hat er damit in keiner Weise Besitz bewiesen.

Es ist ja gänzlich falsch, daß Miethe, Pacht an sich schon irgend eine Veränderung in dem Verhältnisse zu den Mitmenschen bezüglich des Objekts erzeugen, sondern zunächst ist weiter nichts als eine Haftbarkeit der Parteien eingetreten. Niemals aber rufen diese Verträge an sich durch ihre Fälligkeit etwa schon eine naturalis possessio hervor; Kommodat und Depositum nur deshalb, weil sie re geschlossen werden.

Die naturalis possessio nämlich kann nicht nur ganz zufällig, durch Natur-Ereignisse, Irrthum 2c. entstehen, sondern sie ist auch bei dem Vollzug der Gebrauchs-Ueberlassung stets Nebenwirkung der Erfüllung, sie ist Nebenwirkung des Genusses, der aus den Verträgen erfließt. Und zwar ist sie eine völlig zufällige Wirkung, die ohne Dauer sein kann nnd durchaus nicht in jedem Falle eintritt. Ja sie ist in zahlreichen Fällen etwas durchaus Momentanes.

1. Sie ist Nebenwirkung. Denn sie entsteht bei Kommo-

dat und Depositum auch dann, wenn diese Verträge nichtig sind. Bei der Miethe ferner will der Miether den Ausschluß durchaus durch das Recht des Vermiethers gewahrt sehen. Und nur die Nothwendigkeit, sich räumlich mit der Sache in Beziehung zu setzen, um sie zu nutzen, bewirkt, daß er das Miethobjekt durch seine Person oder durch seine Sachen bedeckt.

2. Die naturalis possessio ist zufällig. Denn in zahlreichen Fällen der Miethe entsteht sie überhaupt nicht. Pachte ich einen automatischen Selbst-Wiege-Apparat und lasse ihn ganz absichtlich bei dem vermiethenden Eigenthümer stehen, so erhalte ich keineswegs naturalis possessio. Bei der Pacht eines Grundstücks tritt naturalis possessio nur dann ein, wenn ich dasselbe beziehe.

3. Die naturalis possessio ist etwas Momentanes. Gesetzt, ich miethe (oder leihe) ein Pferd auf eine Woche. Es bleibt ruhig im Stall des Vermiethers stehen; täglich benutze ich dasselbe zwei Stunden, indem ich es aus dem Stall hole, damit spazieren reite oder dergl. Offenbar bin ich nur in diesen zwei Stunden naturalis possessor. Und zwar dadurch, daß ich darauf sitze, es bei mir führe u. dergl. Würde mir der Vermiether das Abholen aus dem Stall weigern, so wäre ich zur Selbsthilfe auch nach neuestem Recht nur im Nothfall berechtigt. Im Uebrigen müßte ich mich an den Amtsrichter wenden.

Demnach kommt es darauf an, den Begriff der naturalis possessio zu fixieren. Ich habe dies in meiner Abhandlung über den Besitz (S. 8 ff.) gethan. Da jedoch meine Ausführungen ungenau waren, überdies durch sinnverwirrende Druckfehler entstellt sind, so ist es nöthig, eine Erläuterung zu geben. Naturalis possessio ist dann vorhanden, wenn ein Anderer nur durch Angriff auf die Person oder auf andere Rechtsgüter der Person, insbesondere also auf den Besitz an anderer Sachen auf die in Betracht kommende einwirken kann. Es ist also, etwa zufällig, oder wie zufällig, als Nebenwirkung, vielleicht momentan ein Ausschlußzustand entstanden. Dieser ist dadurch hervorgerufen, daß die Person die Sache nutzt und sie so bedeckt. Oder dadurch, daß andere Sachen, über die der Gegner nicht verfügen, die er nicht betreten, nicht beseitigen darf, die in Frage stehende Sache decken oder bedecken.

Die naturalis possessio ist demnach ein physischer Zustand der Sache, aber kein physischer Zustand für die Personen, welche

in Betracht kommen. Denn absolute physische Abhaltungs-Mittel giebt es überhaupt nur ganz ausnahmsweise. Denn nil mortalibus ardui est und insbesondere den Einbrechern! Vielmehr besteht das Objektive nicht oder nur ganz selten in einer physischen Unmöglichkeit, sondern in der durch die thatsächliche Gestaltung der Verhältnisse erzeugten rechtlichen Unmöglichkeit. Die Gestaltung der Verhältnisse ruft dem Gegner ein Halt zu. Und zwar nicht ein Halt bezüglich und wegen des Objektes. Die erkannte Lage der Dinge erfüllt den Gegner nicht mit dem Bewußtsein, daß er über die Sache selbst nicht verfügen solle, sondern mit dem Bewußtsein, daß er nur unter Begehung einer Rechtswidrigkeit bezüglich anderer Rechtsgüter über die Sachen verfügen könne.

Dieser Zustand ist also nichts anderes, als die Wirkung externer Rechte, nicht selbst ein Recht. Insofern ist sie etwas rein Thatsächliches.

Und zwar ist sie so wenig eine Beziehung der Person zur Sache, daß sie ohne Wissen von dem Objekt existiren kann: f. 3 § 3 de poss: si non antecedat naturalis possessio. Es ist also die naturalis possessio dem Wissen und Wollen der Person vorausgegangen.

Hinzuzufügen ist aber noch eine zweite Bedeutung des Wortes naturalis possessio, die zwar mit der ersteren nicht ganz identisch, aber doch sehr verwandt ist. Die Quellen sprechen auch da von naturalis possessio, wo eine Person in Wahrheit besitzt und besitzen will, aber dieser Besitz deshalb nur ein natürlicher sein kann, weil ihm infolge des Fehlens einer Rechtsordnung der Schutz gebricht. Diese naturalis possessio ist aber mit der ersteren dadurch eng verwandt, daß auch hier externe Mittel den Ausschluß wahren, sei es die Person, seien es andere Dinge, die den Zugriff verhindern.

Ist nun eine Person durch diesen natürlichen Ausschlußzustand begünstigt, so kann sie durch einen erkennbaren Willens-Entschluß sich zum Besitzer machen.

fr. 47 Dig. de poss. 42, 1: Si rem mobilem apud te depositum aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est.

fr. 3 § 3 Dig. de poss. Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non autecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere; quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.

Der naturalis possessor wird also durch Willens-Entschluß Besitzer; aber er wird keineswegs stets fehlerloser Besitzer. Diese Frage entscheidet sich rein danach, ob der naturalis possessor durch Besitz-Ergreifung einen Vertrags- und Vertrauens-Bruch begeht, ob er bei Grundstücken durch Ausschluß eine Vergewaltigung begeht, denn eben in dem Vertrauens-Mißbrauch liegt die Vergewaltigung oder Hintergehung.

P. 18 Dig. de vi 43, 16: . . . placebat colonum Interdicto venditori teneri; quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit. Im Interdictum U. P. aber kann der Besitzer dem Gegner die mutatio causae sibi ipsi entgegenhalten.

Für die Clandestina possessio fehlt es an ausdrücklichen Quellenstellen. Aber ich sehe kein Hindernis, das Prinzip auf diese auszudehnen. Nur bei Grundstücken ist dies anders, weil bei ihnen auch durch Occupation in Abwesenheit des Besitzers der Besitz nicht verloren geht. Der Grund ist sehr ersichtlich. Bei Grundstücken gibt es keine externen Ausschlußmittel, wofern sie nicht Gewaltmittel sind. Verbindet der claudestine occupans seine Sachen mit dem Grundstück, so werden diese Bestandtheile desselben. Bringt er bewegliche Gegenstände auf das Grundstück, so ist kein Rechtshinderniß gegeben. Denn er hat ja durch Verbringen der Sachen auf das Grundstück eine Besitzstörung begangen. Nur wenn er den Besitzer durch Gegenstände zwingt, sich in die Occupation zu finden, so würde der Occupant Besitzer werden, aber gewaltsamer und daher fehlerhafter Besitzer. Clandestina possessio und Occupation absente domino bewirken keinen Besitz; weil der Occupant in Wahrheit den Vorbesitzer nicht ausgeschlossen hat.

Verhält es sich nun aber mit der possessio naturalis so, daß sie die Wirkung externer Rechte ist, so geht daraus hervor, daß die Rechtsfolge auch nicht aus der Sache selbst oder irgend welcher Rechtsbeziehung zu ihr entsteht, sondern die Wirkung jener externen Rechte ist. Selbstvertheidigung und Nothwehr sind Wir-

fungen dieser externen Rechte. Wer auf einer Sache sitzt, auf ihr steht, vertheidigt gegen Dejection nur sich selbst, nicht die Sache, oder er vertheidigt sich gegen die Verletzung der Rechte an anderen Sachen. Oder er vertritt seinen Autor im Akte der Nothwehr. Ein Interdikt würde hier widersinnig sein.

Auch das dürfen wir noch zugestehen, daß ein Miether und Pächter in der Vertheidigung das ihm zum Gebrauche überlassene Recht seines Autors vertheidigt. Aber dieses Recht ist deswegen, weil es ihm zur Wahrnehmung überlassen ist, doch noch kein Verhältniß zwischen ihm und dem Gegner, sondern es ist ihm eben das zwischen dem Gegner und seinem Autor bestehende Machtverhältnis überlassen, welches darum keineswegs erloschen ist.

Aus diesem abgeleiteten oder selbständigen Vertheidigungsrecht folgt aber für den Besitz garnichts; es steht mit ihm in keinem Zusammenhang. Es ist ein Ausfluß der persönlichen Freiheit jedes Bürgers, weil kein Anderer das Recht hat, denselben zu zwingen, es sei denn in Nothwehr. Und ebensowenig steht die Vertheidigung externer Rechte gegen Verletzung mit dem Besitz im Zusammenhang.

Auch das Retentionsrecht ist kein Recht, das irgendwie aus Besitz oder Inhabung selbst folgt; sondern das, was dem Retinenten im Gegensatz zu anderen Forderungs-Berechtigten diesen Vortheil verschafft, ist in Wirklichkeit die Wahrnehmung der externen Rechte.

§ 4.

Die naturalis possessio ist ferner keineswegs die einzige Grundlage des Besitzes, sondern die Quellen kennen auch ein possidere solo animo. Der Ausschlußzustand, das vacuum, kann an sich existiren, ohne daß ihn ein externes Recht hervorruft.

Es ist dies in erster Linie bei Grundstücken der Fall. Ferner bei schwer transportabeln Gegenständen, bei Hausthieren, besonders bei Geflügel, die an das Haus gewöhnt sind. Bei den Römern endlich bei Sklaven.

Wo endlich der Gegenstand ein unkörperlicher ist, wird in den meisten Fällen ein reines solo animo possidere vorliegen. (Nicht immer z. B. bei Servituten).

Das, was in allen diesen Fällen den Ausschluß-Zustand erhält, sind die Vorstellungen der Mitmenschen, welche durch den Besitzer oder schon durch die Sache selbst erweckt werden.

Zu der letzten Kategorie gehört besonders die Vorstellung, daß an dem Objekte nothwendig Eigenthum bestehen müsse. Diese „Thatsächlichkeit des Eigenthums“ ist es, welche den Besitz mehr schützt, als die meisten Gewahrsamsmittel.

Und diese Thatsächlichkeit des Eigenthums ist es insbesondere, welche den Finder zum negotiorum gestor macht. Denn wo Jemand auch eine irgendwie werthvolle Sache findet, so kann er annehmen, daß sie einen Eigenthümer habe. Es verschlägt nun nichts, ob wir bei verlorenen Sachen vacua possessio, also noch fortdauernden aber entblößten Besitz oder bereits Verlust des Besitzes annehmen wollen. Die Römer scheinen der ersteren Meinung gewesen zu sein. Im ersteren Falle wäre der Finder negotiorum gestor in der Wahrung und Sicherung des Besitzes, im zweiten in der Neuergreifung. In beiden Fällen wären seine Pflichten nicht verschieden und nur für die Usukapion wäre die Frage von Gewicht.

Aber ein Besitz, welcher nur durch Vorstellungen besteht, ist ein um so weniger gesicherter, als diese Vorstellungen nicht durch sichere und greifbare Gedankenzeichen erweckt und wach gehalten werden. Namentlich im Nachbar-Verhältniß sind Verwechselungen und Irrthümer allzu leicht. Deswegen setzt die Person zur Bekundung Zeichen, Marksteine und zieht Raine, zeichnet Gegenstände und versieht sie mit Marken. Will man diese Akte als Verkörperung des Willens bezeichnen, so hat man damit ein gutes Bild. Man kann ja bei diesen Zeichen wie auch bei allen Custodia-Akten sagen, sie seien verkörperter Wille, wie dies jede Handlung ist. Die durch Nothwendigkeit bestimmten äußeren Dinge pflanzen allerdings die von den Menschen ausgehenden Antriebe fort. Aber doch nur so lange, als nicht ein anderer Mensch diesen Antrieb ablenkt, sodaß doch im letzten Resultat das Willens-Verhältniß, nicht das Raumzeitliche entscheidet.

Vergleichen wir den Zustand beim reinen Willens-Besitz mit der naturalis possessio, so unterscheidet sich die letztere nur dadurch, daß sie etwas ist, welches als zufällige Nebenwirkung entstehen kann, während der oben betrachtete Zustand meist gewollt hervortritt. Aber nicht immer. Auch ein allgemein verbreiteter Irrthum, der eine Person als Eigenthümer eines Grundstückes erscheinen läßt,

könnte den Ausschlußzustand begründen, ohne daß die Person das irgendwie gewollt hat.

Da aber bei der naturalis possessio meist nicht die externen Dinge selber als physische Hindernisse, sondern die an diesen Dingen bestehenden Rechte das Hindernis abgeben, so sind es auch bei ihr in letzter Linie stets die in den Personen erweckten Vorstellungen, welche den Ausschluß erhalten. So unterscheidet sich auch naturalis possessio von dem objectiven Element des Willens-Besitzes nur durch größere Gesichertheit.

§ 5.

Die Bedeutung des Besitzes beruht nun in der contradiktorischen Natur unseres Prozesses, in welchem der eine als Kläger zu beweisen hat, der andere als Besitzer Beklagter ist und deshalb dem Beweise entgegensieht, dafür aber auch als Besitzer haftet. Das jus possessionis läßt sich als das der Potiorität bezeichnen und zwar unterscheiden wir eine materielle und prozessuale Potiorität.

Nur Potiorität gewährt der Besitz. Denn der Ausschluß hat nur das Verbietungsrecht zur Folge. Nie kann der Richter, ohne die causa adquirendi geprüft zu haben, der Partei irgend ein positives Nutzungs-, Verwerthungs-, Verwendungsrecht zusprechen. Ein Spruch, der nur aus dem jus possessionis heraus ein Aneignungsrecht zuspricht, wäre eine Justiz-Verweigerung, weil er dem Gegner das Beweisrecht verkürzte.

Die materielle Potiorität aber besteht darin, daß der Besitzer dem Gegner solange eigenmächtige Verfügungen verwehrt, bis dieser sein Recht bewiesen hat und daß er Besitzer bleibt, wenn dieser den Beweis nicht erbringen kann. Jede positive Verfügungs-Handlung nimmt der Besitzer auf sein eigenes Risico vor; insbesondere aber ist hier sein Gewissenszustand maßgebend. Der Besitz selbst berechtigt ihn in keiner Weise zu eigenthumsgleicher Verfügung, wohl aber entschuldigt ihn seine bona fides, wenn er, obwohl nicht berechtigt, doch in dem Glauben an sein Recht, wie ein Eigenthümer verfügt hat. Daß er bona fide fremdes Recht verletzt hat, ist für den Berechtigten ein casus. Aber aus diesem materiellen jus possessionis steht dem Besitzer, wie aus jedem andern Recht gegen rechtswidrigen Angriff ein Nothwehrrecht zu.

Das prozessuale Besitzrecht aber besteht darin, daß der Besitzer den Beweis des Gegners zu erwarten berechtigt ist. Zwar ist dies auch bei jeder persönlichen Klage der Fall. Der Unterschied aber besteht darin, daß in der Klage aus einer Obligation die Intentio nicht lautet: rem meam esse aio, sondern daß der Kläger auf ein dare facere praestare intendirt.

Für den Richter haben zu Beginn des Prozesses beide Parteien das gleiche Recht und der Richter muß zunächst beiden gleich glauben. Es läge daher kein Grund vor, weshalb der Richter den Beklagten günstiger stellen sollte als den Kläger. Um so mehr, als jener vielleicht nur verneint, während dieser behauptet. Wenn der Kläger aber vindizirt, so gibt er damit zu, daß der Beklagte ihn ausgeschlossen habe, ohne ihn hintergangen oder vergewaltigt zu haben, oder, was prozessual dasselbe ist, er macht die Hintergehung oder Vergewaltigung nicht geltend.

Macht er aber diese geltend, so tritt eben der Besitz-Prozeß ein. In diesem ist Zweck des Streits die Erlangung des jus possessionis.

II. Polemischer Theil.

Wir haben so einige brennende Fragen der Besitzlehre betrachtet, ohne durch spezielle Polemik den Gang der Darstellung zu unterbrechen, um der Uebersichtlichkeit der Lehre keinen Abbruch zu thun. Wir gelangen jetzt zum Hauptthema unserer Abhandlung, zur Betrachtung der neuesten Literatur über die Besitzlehre, welche überwiegend an den Entwurf anknüpft.

Wie wir dankend anerkennen, hat uns das Studium derselben wesentlich zu einer Vertiefung der Fragen geführt und die Kritik wird uns Gelegenheit bieten, die vorhergehenden Ausführungen eingehender zu begründen. Im Uebrigen aber hat uns die Lectüre dieser Schriften in der Ueberzeugung befestigt, daß die Grundlagen, von denen man ausgeht, unhaltbare sind.

§ 1. Mandry.

Derjenige, welcher zuerst der Lehre vom Besitz-Willen eine furchtbarere Wendung gegeben hat, ist Mandry (Archiv für civilistische Praxis B. 63).

Mandry sieht in dem Besitz eine Art Potiorität. Er betrachtet daher die subjektive Seite des Besitzes als die Ueberzeugung, wenn auch nicht volles Recht, so doch mehr Recht als der Gegner zu haben. Diese Ansicht hat den Vorzug, daß sie in ihre Consequenzen verfolgt, zu dem Satz führt, daß der Besitz keine Beziehung der Person zur Sache, sondern eine Beziehung zu den Mitmenschen ist. Andrerseits aber enthält diese Ansicht noch einen Punkt, der zu berichtigen ist. Mandry trägt in den Inhalt des Besitzwillens die Rechtsfolgen hinein. Der Wille, mehr Recht als der Gegner zu haben, entbehrt aber der Rechtswirksamkeit. Man kann nicht mehr Recht als andere haben wollen, sondern man kann nur der Meinung sein und es behaupten. Die Potiorität erwirbt man aber nicht dadurch, daß man sie haben will, sondern indem man das thut, was zu ihr führt. Das ist doch auch der Sinn von fr. 2. D. U. P. 43, 17. qualiscunque possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille qui non possidet. So erklärt es sich auch, daß derjenige, welcher zu Eigenthum erwerben will, implicite den Besitzwillen hat, weil er zum Zweck der Aneignung die Mitmenschen ausschließt. Sein negativer Wille kann Beachtung finden, obwohl sein weiterer Zweck noch keine Beachtung gefunden hat.

2.

Rudolf von Ihering.

Ich wende mich nun zu Ihering. (Der Besitz-Wille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode).

Aus den vielseitigen Anregungen, welche diese Schrift bringt, können wir nur das für uns in Betracht Kommende herausnehmen.

Ihering faßt seine Ansicht, welche er als die Objectivitäts-Theorie bezeichnet, dahin zusammen: (S. 8) „Wenn die beiden Voraussetzungen, die zur Annahme des Besitz-Verhältnisses überhaupt erforderlich sind, vorliegen, so entsteht stets Besitz, soweit nicht eine gesetzliche Bestimmung nachweisbar ist, welche mit demselben lediglich Detention verbindet.“ Das Dasein eines solchen Grundes ist vom Gegner zu beweisen. Zum Nachweis des Besitzes reicht der Nachweis des corpus aus.

Demnach ist die Hauptfrage: Was ist das corpus? Ihering antwortet: Constatirung des Interesses der Person an der Sache

(S. 24), die aus dem Interesse hervorgegangene Verwirklichung der äußeren Beziehung zur Sache (25). Dadurch erhebt der Wille das bloße Raumverhältnis zum Besitzverhältnis. Die Römer gingen zwar von dem Sinnlichgreifbaren aus, schwächten aber das sinnliche Element allmählich nicht blos für die Fortdauer, sondern auch für das Entstehen des Besitzes ab. Das Wort hat die Hand abgelöst. Aber immer verlangt das R.-R. reale Bethätigung des Aneignungswillens.

Dabei sei aber zu beachten, daß die Zerlegung des Besitzverhältnisses in 2 Elemente: animus und corpus unrichtig ist. Vielmehr hat das eine ohne das andere Element gar keine Existenz, corpus und animus entstehen gleichzeitig (S. 36).

Ihering erläutert den Gegensatz seiner Theorie zu der seiner Gegner durch folgende Formeln: x = Besitz, y = Detention. a = animus. α = das plus, welches zu dem Willen tritt, um Besitz zu gestalten. c = corpus.

Subjektivitäts-Theorie $x = a + \alpha + c$

$y = a + c$

Iherings-Theorie $x = a + c$

$y = a + c - n$.

Während also die Subjektivitäts-Theorie zu dem animus eine Größe hinzuzählt, um echten Besitz anzunehmen, nimmt Ihering bei Vorhandensein von a + c Besitz an, soweit nicht eine negative Größe —n von dem Gegner bewiesen wird. Diese Größe n bezeichnet nun Ihering

1. als eine negative, insofern sie der Entstehung des Besitzes ein Hindernis entgegenstellt;
2. als eine positiv-rechtliche, insofern dieselbe nicht begrifflich gegeben ist, sondern durch positive Bestimmungen gesetzt ist;
3. als eine praktische, d. h. eine auf Erwägungen der dem Rechtsgefühl des Volks entsprechenden Gestaltungen des Verhältnisses beruhende;
4. als eine objektive, indem diese negative Größe nicht in der Person des Detentors begründet ist.

Indem somit Ihering den Besitzwillen als eine selbständige Größe verschwinden läßt, muß er für ihn aufhören, irgend ein

praktisches Kriterium abzugeben, insbesondere kann er es nicht sein, der den Besitz von der Detention unterscheidet. Ihering statuirt also als Kriterium die negative Größe n, welche den Bestand des Besitzverhältnisses verringern muß, damit Detention vorhanden sei, Da er aber nach wie vor auf dem Aneignungswillen beharrt, so müßte die Größe —n auch gegen die von Savigny sog. abgeleiteten Besitzer gelten. Gegen diese aber hat das Recht aus praktischen Motiven die Geltendmachung der Größe —n nicht gestattet.

Der Sinn der Detention sei: rechtliche Schutzlosigkeit im Interesse des Besitzherrn, so im häuslichen wie im kontraktlichen Detentionsverhältnisse, also bei den Haushörigen einer=, bei Miethern Pächtern u. dergl. andererseits. Beim Pfande aber sei der Besitz durch den Zweck bedingt. Ebenso beim Erbpächter, denn die dem Erbpächter durch Verleihung des Besitzes eingeräumte selbständige Stellung thut dem Interesse des Grundherrn keinen Abbruch. Andererseits aber sei sie im Interesse des Erbpächters im höchsten Grade geboten gewesen. Denn um dauernde Anlagen machen zu können, sei es nothwendig, daß der Erbpächter einen sachenrecht= lichen Schutz gegen den dominus habe.

Das Gleiche gelte beim Ersatzmann. Der Stellvertreter habe nur Detention, der Ersatzmann dagegen Besitz. Dasselbe sei es auch bei dem Sequester im Gegensatz zu dem Depositar.

Ebenso sei der Zweck maßgebend für die Bewilligung des Besitzschutzes bei jenen Instituten, welche Ihering unter dem Namen: problematische Besitzverhältnisse zusammenfaßt: Superficies, Pre= karium, negotiorum gestio, und beim Besitz des ehrlichen Finders.

Sehen wir uns nun diese Theorie an, so nehmen wir als= bald wahr, daß sie eine erstaunliche Aehnlichkeit mit der Theorie eines Hauptvertreters der von Ihering sog. Subjektivitäts=Theorie hat. Windscheid sagt § 154 Absatz 2: Der Wille, die Sache für sich zu haben, ist zum Erwerbe des Besitzes nicht immer nöthig; in folgenden Fällen wird juristischer Besitz anerkannt 1.—2. u. s. w.

In Anm. 3 sagt W. dann: Der Grund, weswegen dem Pfandgläubiger der Besitzesschutz gegeben wurde, ist ein rein histo= rischer — also wohl ein praktischer, positiver, objectiver.

Und man beachte, daß Ihering ja dadurch, daß er den animus in dem corpus verschwinden läßt, den sog. abgeleiteten Besitz nicht erklärt. Denn für ihn ist dieser animus Aneignungs=

wille. Und das —n muß daher auch bei den abgeleiteten Besitzern vorhanden sein. Wenn nun Ihering den abgeleiteten Besitz durch Betonung des Zweckes erklärt, so fragt es sich: Wessen Zweck? Es ist wohl klar, daß der Zweck des Gesetzgebers und dadurch des Richters nicht ausreicht. Der Gesetzgeber muß den Thatbestand festsetzen, wann er den Besitzschutz für zweckmäßig hält. Der Richter muß untersuchen, ob der Thatbestand vorliegt, bei dem es der Gesetzgeber für zweckmäßig betrachtet hat, Besitzschutz zu bewilligen. — Es ist ja sehr leicht, über die subjektivistischen Theorien den Stab zu brechen. Aber woran soll denn der Richter erkennen, ob es Zweck des Staates ist, diese oder jene Detention zu schützen? Hier reicht aber kein allgemeiner Zweck mehr aus.

Ihering kommt denn auch im Wesentlichen auf den Zweck der Vertragschließenden hinaus. Dies aber ist ein verhängnißvoller Fehler. Denn, wenn der Richter erst die Zwecke der Parteien prüft, so prüft er damit das Geschäft, welches dem Besitz zu Grunde liegt. Aber hier ruft das R.=R.: Separata esse debet possessio a proprietate. D. h. der Besitzstreit ist vom Causalstreit zu trennen. Müßte der Richter, um den Besitz des Pfandgläubigers zu schützen, auf die Zwecke zurückgehen, welche zu dessen Besitz geführt haben, so entschiede er in Wahrheit über den Thatbestand der actio hypothecaria.

Der Gedankengang, den Ihering eingeschlagen hat, um zu der obigen Theorie zu gelangen, ist genau zu verfolgen. Ihering gieng in seiner Schrift über den Grund des Besitzschutzes davon aus, daß der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums sei. Er verhieß in dieser Schrift eine Abhandlung über den animus domini. Er hatte aber in seinen Briefen eines Unbekannten den angehenden Praktiker, welcher einer Partei den Nachweis ihres animus domini auferlegte, verspottet. Da für ihn aber der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums ist, so kann er den Aneignungswillen nicht streichen und hat dies auch in der letzten Schrift nicht gethan. So vernothwendigte es für ihn, den Besitzwillen in dem corpus verschwinden zu lassen, um damit dem Dilemma zu entgehen, daß einerseits der Besitz Thatsächlichkeit des Eigenthums sei, andererseits der animus domini, obwohl er vorhanden sein muß, dennoch nicht erwiesen zu werden braucht.

Ich werde auf diese Lösung des metaphysischen Problems der Existenzial-Beziehungen von Wille und That nicht eingehen.

Auch durch Iherings Behauptung, daß sie ein und dasselbe, gleichzeitig seien, wird ja das eigentliche Problem der Besitzlehre, nämlich, weshalb gewissen Inhabern ohne animus domini Besitz-Schutz zu Theil wird, nicht gelöst, während es sich bei Annahme unserer Ansicht auf das Beste erklärt.

Was ich anfechte, ist die Annahme, daß das c der Iheringschen Formeln bei Detention und Besitz dasselbe sei. Dies eben ist der Irrthum, welcher Ihering mit der Savignyschen Lehre durchaus gemeinsam ist.

Was ich ebenso anfechte, ist die Annahme, daß das a, der animus der Iheringschen Formeln bei Detention und Besitz dasselbe ist.

Ich vermag dies schon ganz formell aus Iherings eigener Deduktion zu thun.

Auf S. 35 ff. polemisirt Ihering ausdrücklich gegen das Zerlegen des Besitz-Verhältnisses in corpus und animus. Er erklärt ausdrücklich, corpus und animus seien keine zwei völlig selbständigen Momente. — Ist dem so, dann sind animus und corpus nur Qualitäten des Verhältnisses. Dann aber folgt ganz nothwendig: das Vorhandensein der Größe — n muß sowohl animus als corpus affizieren.

Sobald daher — n eintritt, so wird sowohl a (animus) als auch c (corpus) eine völlig andere Erscheinung. Das heißt x—n ist nicht mehr x—n, sondern es ist y, y ist nicht gleich x—n, sondern ein vollständig anderes; denn das Vorhandensein von — n hat die wesentlichen Bestandtheile von x verändert. Um ein Bild zu gebrauchen: x ist durch — n nicht quantitativ vermindert, sondern organisch verändert.

Die Formel Iherings läuft mithin auf den Satz hinaus: der Grund, weshalb nicht gekauft ist, ist der, daß gemiethet worden ist.

Aber die Ungleichheit von x und y, von a in x und a in y, von c in x und c in y ergibt sich nicht blos aus Iherings Deduktion, sondern, wie wir in unserer obigen Darstellung gezeigt haben, aus der Sache. Wer gemiethet, gepachtet, entliehen hat, will durch den Ausschluß des Besitzers gesichert sein und ist durch

denselben auch nur dann gesichert, wenn dieser Besitzer ist. Jhering übersieht dies völlig, indem er die ganze Besitz-Erwerbshandlung als einen auf die Sache gerichteten Vorgang auffaßt. So evanescirt ihm unter den Händen die Besitz-Erwerbshandlung vollständig. Jm Urstadium ist ihm der Besitz-Erwerb reale Aneignung, ein Ansichnehmen, wobei er sich gar nicht die Frage vorlegt, wie es denn mit dem Besitz-Erwerb an Grundstücken steht, da doch nach seiner eigenen Ansicht der Besitz am Grundstück die ursprünglichste Erscheinung des Besitzes ist (S. 28). Aus der realen Aneignung wird nach seiner Ansicht die spiritualistische: das Wort löst die Hand ab. Und zuletzt genügt: der Blick, der Wink. — Ob dieser Entwicklungsgang sich historisch nachweisen lasse, wird sich bei der Kritik der Kleinschen Abhandlung ergeben. Aber diesen historischen Verlauf zugegeben, was folgt daraus? M. E. daß das eigentliche Wesen des Besitzerwerbs kein Jnbeziehungsetzen zur Sache ist. Denn die Erdscholle, die ergriffen wird, bewirkt doch keine Beziehung zum Grundstück! sondern sie macht dem Gegner klar, daß er sich in Zukunft der eigenmächtigen Verfügung über das Grundstück zu enthalten habe. Das Wort ruft nicht die Sache herbei, sondern bannt den Tradenten oder der Trident bannt durch sein Wort, welches der Empfänger annimmt, sich selbst. Jm Uebrigen cf. das zu „Klein, Sachbesitz“ Gesagte.

Die Besitz-Erwerbshandlung ist also kein Jnbeziehungsetzen zur Sache, sondern zu den Mitmenschen, insbesondere zu dem Vorbesitzer. Das objektive Element des Besitzes ist daher gleichfalls keine Beziehung zur Sache. Jhering macht darauf aufmerksam, daß die Römische Jurisprudenz für die Detention keinen Ausdruck habe (S. 46), die er als einen Grundbegriff der ganzen Besitzlehre betrachtet. Und es ist zwar unrichtig, daß das Wort detentio kein Römisches ist, richtig aber ist, daß es für den modernen Begriff der Detention nicht in Anwendung kommt. Jhering knüpft daran eine Lobeserhebung auf die heutige Jurisprudenz. Unter voller Anerkennung der Verdienste der deutschen Jurisprudenz muß ich jedoch bekennen, daß ich es als einen Vorzug der Römischen Jurisprudenz betrachte, daß sie für den unbegreiflichen Begriff der Detention keinen terminus hat. Sie kennt ein in possessione esse für solche, welche auf Grund eines mit dem Besitzer abgeschlossenen Ver-

trages Nutzungen vornehmen, sie kennt eine naturalis possessio für einen zufällig, oder als Nebenwirkung entstehenden Ausschluß-zustand; einen gemeinsamen Namen aber für Dinge, die wesentlich verschieden sind, oder genauer, von denen das eine vorhanden ist, während das andere nur in der „Begriffs-Jurisprudenz" existirt, hat sie nicht. Denn der Besitz hat eine objective Grund-lage; die sog. Detention oder Inhabung ist, soweit sie nicht naturalis possessio ist, ohne alle Existenz, wenn man auf die allein in Betracht kommende Beziehung zu den Menschen blickt. Besitzschutz genießt sie nur durch den Besitz des Besitzers.

Ich meine, es wäre dem gegenüber ein Sichbesinnen ge-boten. Die Römische Jurisprudenz kennt den Begriff nicht, von dem wir ausgehen! Die Römische Jurisprudenz kennt das Problem nicht, das uns Kopfzerbrechen kostet und das eben von dem Stand-punkte der Detention, der Beziehung zur Sache aus unlöslich ist! Auf weitere Einzelpunkte ist einzugehen bei

§ 3. Baron.

Baron hat sich der Iheringschen Lehre angeschlossen. In zwei Artikeln: Jahrbücher für Dogmatik B. 29 N.F.B. 17 und B. 30 N.F.B. 18 behandelt er die Iheringsche Theorie nament-lich in 3 Punkten.

1. Der Unterschied zwischen dem juristischen Besitz und der Detention beruht nach römischem Recht nicht auf einer Ver-schiedenheit des Willens, vielmehr kommt dem juristischen Besitzer, wie dem Detentor derselbe Wille zu.

2. Das Wesen der Römischen Detention beruht auf prak-tischen Motiven; gewissen Personen wird aus praktischen Motiven der possessorische Schutz versagt, und deshalb blos Detention zu-geschrieben.

3. Ein einziger römischer Jurist (Paulus) hat die Unterscheidung des juristischen Besitzers auf die Verschiedenheit ihres Willens zurück-geführt; seine Meinung ist um so weniger von Gewicht, als sie lediglich den Zweck hat, eine Rechtsdeduction zu liefern.

In dieser Kürze treten die Punkte 1 und 2, die uns hier näher angehen, in ihrer vollen naiven Unklarheit hervor.

Aus Punkt 1 geht hervor, daß Besitzer und Detentor in dem, was die heutige Jurisprudenz (nicht die Römische) corpus

nennt, identisch sein sollen. Denn sonst wäre der Streit offenbar überflüssig. Wären Besitzer und Detentor schon bezüglich des corpus verschieden, so wäre die Frage des Besitzwillens gleichgiltig.

Wenn nun aber Baron sagt: Gewissen Personen wird aus praktischen Motiven der Schutz versagt, so wüßte ich ganz und gar nicht, was anders maßgebend sein sollte, als der Wille oder gewisse Qualifikationen des Willens dieser Personen. Um einer Person den Besitz aus praktischen Gründen zu versagen, müssen doch praktische Gründe vorhanden sein. Und zwar müssen diese an dem Subjekt liegen, wenn gerade diesem Subjekt der Besitz abgesprochen wird. Das Subjekt aber kommt für das Recht doch nur als Träger der Willens-, Handlungs- und Rechtsfähigkeit in Betracht.

Nach Baron-Ihering bildet Besitz die Regel, Detention die Ausnahme; praktische Gründe, das von Ihering bezeichnete — n entscheiden.

Als Beweis tritt zuerst der Satz auf: plus est in re quam in existimatione mentis. Danach käme weder das Wissen noch das Wollen des Besitzers in Betracht (Ihering S. 340 ff.). Dies beweise speziell für den Besitz der Rechtssatz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest; der Wille sei gegenüber der causa machtlos. Sehen wir nun ganz von dem Unterschied der causa adquirendi und causa possessionis ab, so ist doch klar, daß die Entstehung der causa ohne den Willen der Person des Besitzers völlig undenkbar ist. Denn die causa irgend einer Rechtswirkung hat doch ihre Ursache in dem Willen — oder den Willens-Erklärungen der Parteien, d. h. im Rechtsgeschäft resp. im Besitz-Erwerb. Und die auf Grund des Rechtsgeschäfts einmal entstandene causa kann allerdings der Besitzer nicht mehr abändern. Wie daraus die Machtlosigkeit des für die causa in Betracht kommenden Willens hervorgehen soll, ist mir unklar. Der Besitzer hat doch Besitz erwerben wollen, das, was er gewollt hat, kann er nicht zu einem Nichtgewollten oder Andersgewollten machen. Sein Wille ist also derartig wirksam, daß er das spätere Anders-wollen nichtig macht.

Was aber die Regel: plus est in re betrifft, so zeigt sie fr. 44 § 4 D, 41, 3; fr. 21 pr. i. f. D. 41, 1. — daß, wenn eine Person fälschlich den Mangel ihrer Rechts- oder Handlungsfähigkeit angenommen und trotzdem ein Geschäft abgeschlossen hat, dieses

Geschäft wirksam sein solle. Ergreift demnach eine Person Besitz, welche sich für rechts- oder handlungsunfähig hält, während sie es nicht ist, so erwirbt sie Besitz. M. E. folgt daraus, daß der Wille des Besitz-Erwerbers sehr entscheidend ist. Denn da man ein Recht nicht dadurch erwirbt, daß man es erwerben will*), sondern dadurch, daß man das will und thut, was die Rechtsordnung als rechtswirkend anerkennt, so erwirbt man das Recht, wenn man in dem Glauben, rechtsunfähig zu sein, das will und das thut, was das Recht als rechtswirksam anerkennt.

Genau so verhält es sich mit fr. 9 § 4 D. iur et fact. ign. 22, 6 u. fr. 4 § 1 D. man. vind. 40, 2. Kauft Jemand eine Sache von dem Eigenthümer, obwohl er ihn für den Nichteigenthümer hält, so erwirbt er, weil er das gewollt und gethan hat, was die Rechtsordnung als wirksam anerkennt. Er rechnet doch, wenn er auf das Nichteigenthum des Verkäufers vertraut, mit Umständen, die gar nicht in seiner Hand liegen, die er also weder wollen noch herbeiführen kann.

Die Anwendung der Rechtsregel in fr. 2 § 15 Dig. usucap 41, 4, daß Jemand, welcher von einem Pupillen, den er für mündig hält, kauft und tradiert erhält, hat endlich ebenso wenig Bedeutung. Denn der Besitzer hat das gewollt, was zum Rechte führt, aber das nicht gewußt, was außer seiner Macht liegend den sofortigen Erwerb verhindert hat.

Wenn ferner Jemand, der unter Bedingung gekauft hat, den Besitz und die Ersitzung beginnt, sobald die Bedingung erfüllt ist, obwohl er davon nicht weiß, so handelt es sich wiederum nicht um Machtlosigkeit seines Willens dem Recht gegenüber. Denn er will dann besitzen, wenn das eintritt, was er gar nicht wollen kann.

Daß nach fr. 113 Dig R. J. 50, 17 der Besitz des Sklaven nicht in Betracht kommt, wäre nur dann für uns von Bedeutung, wenn wir Sklaven wären. — Ueberhaupt aber kann das Römische Sklavenrecht, welches den freien Willen des Menschen wegfingierte und dadurch zu weiteren Fictionen gedrängt war, für uns nicht in Betracht kommen. Schon deshalb beweisen auch die Stellen nichts,

---

*) So sagt Hölder, Pandekten § 40 S. 209: Die Rechtsfolge tritt ein als eine in Gemäßheit des vom Handelnden geäußerten Willens durch das Recht bestimmte und nicht etwa als eine durch den Handelnden selbst bestimmte.

welche Ihering für den Satz anführt, daß in manchen Fällen Besitz nicht eintrete, obwohl der Erwerber den animus domini habe. Es gibt aber in der That sehr viele Fälle, wo Jemand, der den animus domini hat und die Gewahrsame erwirbt, doch nicht Besitzer wird. Verpfändet der Eigenthümer ein Papier zum Faustpfand und giebt dann der Faustpfandgläubiger dieses Papier dem Verpfänder in die Gewahrsame zurück, damit dieser, welcher einen feuer- und diebssicheren Geldschrank hat, es aufbewahre, so fallen animus domini und thatsächliche Macht oder Gewahrsame völlig zusammen. Ganz dasselbe ist es, wenn der Faustpfandgläubiger dem Verpfänder das Objekt vermiethet oder verpachtet. Das beweist alles nur, daß der Besitz in einer Willensbeziehung zwischen den Menschen besteht und die Beziehung zur Sache illusorisch ist.

Die Interpretation Iherings von fr. 60 § 1 Dip. 19, 2: Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo, wonach der Erbe des Kolonen Besitz an dem Grundstück ergriffen habe, beruht auf einem Rechtsirrthum. Denn absente domino wird überhaupt am Grundstück nicht Besitz erworben.

Demnach vermögen diese Stellen den aufgestellten Satz, der Wille spiele gegenüber der That keine Rolle, nicht zu stützen.

Selbst zugegeben aber, animus und corpus seien untrennbar —, was würde daraus folgen? M. E. eine noch größere Schwierigkeit des Beweises. Denn es ist doch nicht die Thatsache in Abrede zu stellen, daß die äußerlich erkennbare That die denkbar verschiedensten Willen enthalten kann. Äußerlich unterscheidet sich die körperliche Übergabe zu Besitz, Eigenthum, Faustpfand, Depositum durch Nichts. Sollen nun gar Wille und That dasselbe sein, so kann auf den Willen nicht mehr zurückgegangen werden. Und nur durch die spezielle That der körperlichen Übergabe steht der Wille fest.

Und eben bei Annahme dieses Prinzips verliert der Satz, plus est in re alle Bedeutung. Denn dann ist gesagt, daß die existimatio, also doch die Vorstellung, das Wissen keine Bedeutung der gewollten That und dem bethätigten Wollen gegenüber habe, es wird also keineswegs dem Wollen die Wirksamkeit abgesprochen. Und stellt man nun vollends diesem Satz den ent-

gegengesetzten plus est in opinione gegenüber, so weiß ich nicht, was diese Sätze für unsere Frage austragen sollen.

Baron giebt denn auch zu, daß diese Stellen nicht eben viel bedeuten (S. 204). Dagegen sieht er das Heil dieser Lehre darin, daß sie uns das Problem des abgeleiteten Besitzes löse. Da er auf die von uns über diese Frage angestellten Betrachtungen nicht hört, so wollen wir um so schärfer auf seine Meinung hören.

Dabei hören wir allerdings nicht mehr auf die alten Fragen, warum denn der Pfandgläubiger Besitz-Willen habe. Hierauf wissen wir die Antwort.

Aber aufhorchen müssen wir, wenn Baron uns mittheilt, daß die Iheringsche Ansicht das Problem löse. Denn Ihering löst ja gerade das Problem nicht und will es nicht lösen; denn er nimmt die Fälle des abgeleiteten Besitzes als Ausnahmen an, die durch das praktische Bedürfnis geboten sind.

Weiter horchen wir auf, wenn wir lesen, daß jede gewollte Gewahrsame Besitz sein solle! Demnach wäre jede im Auftrag geübte Custodia Besitz! De lege ferenda wird hierüber bekanntlich gestritten. Daß mit Unrecht, wird weiter zu beweisen sein. Daß uns dies aber Baron mit Sätzen des R. R. beweisen will, setzt billig in Erstaunen.

Was endlich den Beweis des animus domini betrifft, so steht für uns dieser überhaupt außer Frage. Der animus domini existiert für das R. R. überhaupt nicht, wie wir bereits in der vor Iherings Schrift erschienenen Abhandlung ausgeführt haben. Den Besitzwillen aber in unserm Sinn beweisen die Parteien im Zusammemstoß. Zweifellos muß immer der Wille durch Thun bewiesen werden, aber nur die Theorie, welche im Besitz eine Beziehung zu der Sache sieht, ist genöthigt, einen Willen zu beweisen, der nicht nachgewiesen werden kann, weil der Besitzer ihn nicht hat, oder nicht nachgewiesen werden braucht, weil er irrelevant ist.

§ 4. Strohal.

Strohal hat in Iherings Jahrbüchern B. 29 (N. F. 17) und B. 31 (N. F. 19) zwei Gegenentwürfe der Besitzlehre mit Motivirung vorgelegt. Obwohl Strohal meine Arbeit völlig ignorirt und auch meine ihm brieflich mitgetheilten Bedenken nicht

berücksichtigt hat, werde ich seine Arbeiten nicht unberücksichtigt lassen, da sie in einer solch weit verbreiteten Zeitschrift Aufnahme gefunden haben.

Strohal baut seine Entwürfe auf den Begriff der Inhabung auf. Was sie bedeute, wie sie zu begrenzen, wird nicht festgestellt. Das wäre dann zu rechtfertigen, wenn nicht neben einander Inhabung und Besitz eine Rolle spielten, indem der Besitz zur Grundlage die Inhabung haben soll.

Wie aber sollen wir den Paragraphen 3a verstehen? Der Besitz wird erworben durch Erlangung der Inhabung. Und diese wird erworben „durch Bethätigung des auf die thatsächliche Behauptung derselben gerichteten Willens“. Dieser Satz klingt auf den ersten Blick harmlos; denn er sagt in Wirklichkeit Nichts; wir erhalten nur neben dem Terminus „Besitz“ noch zwei weitere: Inhabung und Behauptung. Oder was meint Strohal mit „Behauptung derselben“? Behauptung der Inhabung oder Behauptung der Sache? Wir wollen das Letztere annehmen. Was ist aber Behauptung der Sache anders als eben Inhabung? Folglich wird die Inhabung und durch sie der Besitz einer Sache erworben durch Bethätigung des auf Inhabung gerichteten Willens.

Bedenklich aber ist der Satz, daß es schon genüge, daß der auf die Inhabung gerichtete Wille in seiner Bethätigung genüge. Also keineswegs Vollendung, sondern schon die Richtung des Willens auf die Vollendung durch die That soll genügen. —

Ehe ich zu der Besprechung der Einzel-Paragraphen schreite, schicke ich eine Entschuldigung Strohals voraus, die zugleich die grundlegenden Fehler seines Entwurfes bezeichnet.

Strohal war es offenbar darum zu thun, das einmal landläufig gewordene Wort: Inhabung zu verwenden. Weshalb er nicht ebenfalls den Begriff der Gewahrsame verwerthet, ist nicht einzusehen.

Aber für eine korrekte Gestaltung des ganzen Institutes ist es u. E. erforderlich, die Namen-Gebung zunächst beiseite zu lassen und nur das rein Begriffliche in Erwägung zu ziehen. Fesselt man die Ausgestaltung der Besitzlehre an bestimmte Bezeichnungen, deren begriffliche Grundlage ungeprüft bleibt, so erwächst die Gefahr einer unheilvollen Verwirrung.

Der zweite Fehler liegt darin, daß die Frage der Nothwehr in die Besitzlehre hineingezogen wird. Die Nothwehr ist aber kein Recht, das des richterlichen Schutzes bedarf. Ob sie überhaupt ein Privatrecht ist, ist sehr fraglich. Denn an sich nur Folge eines Rechtes, ist sie eine Ausnahme von der Strafbarkeit der Handlung, die auch dann eintritt, wenn diese Handlung in entschuldbar irrthümlicher Annahme eines Rechtes begangen war. Die Inhabung als solche giebt aber niemals ein Nothwehrrecht, sondern eben das Recht, das zu ihr geführt hat, und ebenso genießt auch das Recht des Besitzes eines Schutzes durch Nothwehr.

Wir treten nun an die einzelnen Paragraphen heran.

§ 1.

Wer eine Sache oder einen räumlich begrenzten Theil einer solchen unmittelbar oder mittelbar zu eigenem Vortheil inne hat, heißt Besitzer (Sach-Besitzer) und zwar je nach dem Zwecke der Inhabung: Eigenbesitzer oder Nutzbesitzer (Nießbrauch-Mieth-Pacht-Pfandbesitzer u. dergl.)

Dieser Satz enthält einen unbedingten Widersinn. Beispiel: Jemand nimmt in einer Bade-Anstalt ein Bade-Kabinet ein, Jemand sitzt auf einer Bank, Jemand hat im Theater vom Portier einen Operngucker entlehnt. Offenbar haben alle diese Personen eine Sache oder einen räumlich begrenzten Theil einer solchen zu eigenem Vortheil inne. Sie sind Nutzbesitzer. Nun kommt in Frage: Welchen Schutz sollen sie genießen? Der Interdikten-Schutz würde hier offenbar das Lächerlichste von der Welt sein. Wird der Badegast aus dem Kabinet, der Spaziergänger von der Bank dejizirt, so würde ein Richter mit dem Interdikt sich lächerlich machen. Als einziges Mittel bleibt diesen Personen die Nothwehr, ev. polizeiliche Hilfe. Dafür hat das Strafgesetzbuch gesorgt. Wenden sie aber keine Nothwehr an, so steht dem Badegast, wenn er von dem Bad-Besitzer vertrieben wird, die Vertragsklage, ev. Schadens-Ersatz, ev. Beleidigungsklage zu. In allen diesen Fällen aber vertheidigt er nicht seine Inhabung, sondern nur sich selbst oder klagt aus Verträgen. Und obendrein steht ihm das Strafrecht im § 240 Str.

G. B. zur Seite. Ich betrachte daher auch die Ansicht Iherings für unrichtig, welcher von unechtem Besitzschutz spricht.

Mein zweites Bedenken trifft die Unterscheidung von Eigen- und Nutz-Besitz.

Es ist durchaus unrichtig, daß der Begriff des Eigenbesitzes in der Besitzlehre als selbständiger Begriff unentbehrlich sei. Der Eigenbesitz hat vielmehr nur in der Lehre vom Diebstahl, der Unterschlagung, sowie für die Usucapion und die Tradition Bedeutung. Hinzukommt, daß man nicht einsieht, inwiefern der Pfandbesitz Nutzbesitz sein soll, da öffentliche Pfandleiher durch Nutzung nach R. Str. G. B. § 290 sogar strafbar werden.

Für die Besitzfrage hat der Eigenthumswille nur als Behauptung Bedeutung, indem der sich Erklärende dadurch bei Vorhandensein des übrigen Thatbestandes nicht blos die Rechte des Besitzers, sondern auch die Pflichten desselben übernimmt. Es würde aber ebenso die Behauptung genügen, besitzen zu wollen. Die Behauptung aber, Miether oder Pächter zu sein, würde ganz zweifellos nicht hinreichen. Unter diesem Vorwande könnte Jeder sich in den Besitz der Sache setzen und sich durch das Interdikt sichern, ohne daß er nöthig hätte, dem Gegner, der vielleicht bis zu der Occupation Besitzer war, Auskunft zu geben, von wem er denn gemiethet habe. Man vergißt, daß auch im Interdikt die nominatio autoris anwendbar ist.

§ 2.

Der selbständige Inhaber einer beweglichen Sache steht, auch wenn er sie nicht zu eignem Vortheil innehat, einem Besitzer gleich.

Es muß immer wieder in's Gedächtnis gerufen werden, daß Nothwehr mit dem richterlichen Besitzschutz nichts zu thun habe.

Dies gilt auch von diesem Paragraphen.

Was zunächst den Finder betrifft, so ist derselbe negotiorum gestor; er vertritt einen ihm allerdings unbekannten Eigenthümer. Solange er die Sache in der Hand hat, hat er Nothwehrrecht; nimmt er sie zu sich ins Haus, so hat er Hausfriedensrecht; wird die Sache ihm geraubt oder gestohlen, so wendet er sich wohl besser an die Polizei, als daß er alieno nomine ein Interdikt in contumaciam erwirkt.

Man nehme aber folgenden Fall: Ich lasse eine Sache im Versehen fallen; ein Anderer nimmt sie, vielleicht in einer Entfernung von 4 Schritten auf. Er gerirt sich als ehrlicher Finder und ist mithin selbstständiger Inhaber. Als solcher ist er besitzberechtigt; er begeht also keinen rechtswidrigen Angriff gegen mich. Denn er will die Sache ja nicht zu eigenem Vortheil innehaben. Und inwiefern hat der Finder den Vorbesitzer „eigenmächtig gestört“ (§ 4)?

Er ist also selbständiger Inhaber und als solcher privatrechtlich geschützt. Ist er demnach selbst mala fide, so liegt in keinem Fall in der Behauptung der Sache gegen mich ein Angriff gegen mich. Noch weniger bei bona fides, bei „objektiver Rechtswidrigkeit.“ (Olshausen, Kommentar S. 239 Nr. 7). Sogar den Dieb muß ich als selbständigen Inhaber einfach weglaufen lassen. Denn nicht dieser „selbständige Inhaber“ ist in rechtswidrigem Angriff; denn er hat ja ein schützbares Recht erworben; sondern ich.

In anderen Gebieten werden sich noch drastischere Fälle ergeben. Habe ich meinem Hausknecht einen Brief zum Ueberbringen übergeben, so ist er unter allen Umständen Inhaber und als solcher Besitzer. Ob er nun Eigenbesitzer, Nutzbesitzer, selbständiger Besitzer oder dergl. ist, muß doch erst nachträglich der Beweis ergeben. Zunächst ist er Inhaber; denn welchen Willen er hat, darüber kann doch der Gegner sich keine selbständige Entscheidung anmaßen. Gibt er daher den ihm anvertrauten Brief nicht heraus, weil er selbständiger Inhaber sein will, so steht ihm Vertheidigungsrecht zu. Nicht er, sondern ich, sein Auftraggeber, begehe einen rechtswidrigen Angriff und erfülle den Thatbestand der Nöthigung. Und diese Nöthigung ist eben deswegen nicht in Notwehr geschehen, weil nach Strohals Entwurf der Inhaber als solcher Schutz verdient.

Nicht deswegen, weil Jemand vertragsmäßig inne hat, sondern schon deswegen, weil er inne haben will, wie wenn er einen Vertrag geschlossen hätte, soll er Schutz genießen! Und wie verhält es sich bei Miether und Pächter? Sie müßten doch nothwendig nur solange Nutzbesitzer sein, als ihr auf Nützung gehender Vertrag dauert. Was sind sie nach Ablauf des Vertrages?

Der Grundfehler besteht in jener verhängnisvollen Verquickung von Nothwehr und Besitz-Recht. Die Notwehr vertheidigt immer ein Recht. Sie kann sowohl der Vertheidigung des durch einen Vertrag begründeten Nutzungs-Rechtes als auch der des Besitz-Rechtes dienen. Die Inhabung als solche aber ist keines Schutzes würdig, weil man durch ihre Anerkennung in zahlreichen Fällen die Nothwehr rechtswidrig macht.

§ 3.

Wer fremden Besitz zwar zu fremdem Vortheil, aber in Ausübung eines willkürlich nicht entziehbaren Verwaltungsrechtes verwaltet, heißt Verwaltungs-Besitzer und wird in dieser seiner Eigenschaft nach Maßgabe des § 4 ff. geschützt.

Hier ist zweierlei durcheinander geworfen. Das R. R. giebt dem Sequester (fiduziaren) Besitz, wann und weil es Zweck ist, während eines Streites den Parteien den Besitz zu entziehen. Ganz verschieden ist die Stellung des Vormunds und was dem gleichsteht. Er praestat alienae possessioni ministerium. Er führt den Besitz-Prozeß nicht suo nomine, sondern als gesetzlicher Vertreter. Vormundschaftsrecht, nicht Besitz-Recht kommen in Betracht; so gut wie in anderen Fällen Stellvertretungsrecht. Vom Standpunkte des Vormundschafts-Rechtes hat der Richter zu prüfen, ob der Betreffende den Besitz des angeblichen Mündels wahrzunehmen habe. Natürlich kann er dies auf Grund einer Wahrscheinlichkeit des Rechts zur Verwaltung; aber diese Frage ist keine Besitz-Rechts-Frage.

§ 3 a.

Die Inhabung und durch sie der Besitz einer Sache wird erworben durch Bethätigung des auf thatsächliche Behauptung derselben gerichteten Willens. Ob und inwieweit durch Inhabung (Besitz) einer Sache auch Inhabung (Besitz) an andern Sachen vermittelt wird, welche von jener hervorgebracht werden oder in den Bereich derselben gelangen, ist nach Maßgabe der besonderen Umstände zu entscheiden. Der Inhaber gilt im Zweifel als Besitzer und der Besitzer als Eigenbesitzer.

Aus diesem § folgt, daß, wer ein Miethpferd besteigt, Besitzer geworden ist. Denn ich wüßte in Wahrheit nicht, was an der Bethätigung des auf thatsächliche Behauptung der Sache gerichteten Willens fehlen sollte; es sei denn, daß Strohal das unter Inhabung versteht, was wir unter Besitz verstehen. Daß aber der Besitz durch Bethätigung des auf Besitz-Erwerb gerichteten Willens entsteht, ist gewiß wahr.

Will aber Strohal unter „der Behauptung der Sache" etwas anderes als Inhabung, also die räumliche Beziehung zur Sache, verstehen, so muß er nothwendig auf die Beziehung zu den Mitmenschen kommen. Denn gegen mechanische, naturnothwendige Vorgänge wird den Inhaber kein Interdikt schützen. Ist dem aber so, dann erhalten wir wieder den alten Cirkelweg, von dem ich die Besitzlehre zu befreien suche, wofern wir nicht die Behauptung des Ausschlusses fremder Verfügung fordern. Stellt der Besitzkläger das petitum, der Richter solle urtheilen, daß der Gegner sich in jede Nutzungs-, Verwerthungs-, Verwendungs-Handlung des Ersteren zu finden habe, so muß auf den Erwerb eingegangen werden und die Klage wird zur Publiciana oder Vindikation.

Was den Zusatz: „Ob und inwieweit — entscheiden" betrifft, so sollte man bezüglich der Früchte doch Separation und Perzeption unterscheiden. Die Separation, als zufälliges Ereigniß, vermag den Besitz nicht zu verändern. Inwiefern dadurch, daß Früchte in ein anderes Grundstück hinüberfallen, der Eigenthümer des fremden Grundstücks an sich schon Besitzer wird, ist nicht einzusehen.

Dagegen ist die Perzeption schlechthin Besitz-Erwerb durch den Perzipienten. — Auch beim Wurf kann ein Zweifel nicht recht entstehen. Die Eigenthumsfrage kommt nicht in Betracht. Es ist aber wohl nicht zu bestreiten, daß der Besitzer einer hochschwangeren Thiermutter auch Besitzer des partus ist. Denn da sich der Akt des Gebärens gar nicht als Moment, sondern als ein Vorgang darstellt, so richtet sich Besitz- und Aneignungs-Wille auch auf das Junge. In dem Momente des Sichloßreißens wäre das Junge res nullius; der Ausschlußzustand ist aber dadurch gegeben, daß jeder Anwesende die Herkunft des Kalbes erkennt und auch von dem Aneignungs-Willen des Besitzers Kenntniß hat. Der Besitz-Erwerb eines Dritten wäre daher eine Hintergehung und begründete so clandestina possessio, abgesehen von der bona oder mala

fides. Läge aber ein Irrthum über das Eigenthum des Mutterthieres vor, so würde er fehlerlosen Besitz erwerben.

Was den dritten Satz betrifft: „Der Inhaber gilt —", so ist es unbegreiflich, daß Strohal denselben in die Besitzlehre hineinzwingen will, der in Wahrheit nur eine Eigenthums-Norm betrifft.

Was aber die erste Präsumtion betrifft, der Inhaber habe im Zweifel Besitz, so löst sich gerade im Interdikt die Inhabung in Nichts auf. Denn gestritten kann doch nur um das Verhältnis zwischen den Streitenden bezüglich der Sache werden. Denn über die Inhabung, das räumliche Verhältnis der Person zur Sache, kann nicht gestritten werden. Sie ist entweder vorhanden oder nicht.

Gehen wir nun von dem Vorhandensein derselben aus, so gehen wir von einem völlig unmeßbaren Zustand aus. Oder wie viel Ellen darf eine Sache von dem Inhaber entfernt sein, damit dieser wirklich Inhaber sei? Wir kommen also auf eine größere räumliche Nähe des Objekts, als Andere sie hergestellt haben. Diese also könnte entscheiden. Ich will es aber nun auf das von Ihering beliebte statistische Moment ankommen lassen. Es soll in irgend einem Hause untersucht werden, wie viele Sachen in der größeren räumlichen Nähe derjenigen sind, die besitzen und die nicht besitzen. Ich stelle nur den besitzenden Hausherrn den seine Sachen inhabenden Kindern, Hausgenossen, Dienstboten; ich stelle den Gasthausbesitzer den fortwährend die Inhabnng seiner Sachen austauschenden Gästen gegenüber. Wer nicht mit Blindheit geschlagen ist, muß zugeben, daß die Inhabung *ohne alle begleitenden Umstände*, wie Zeit und dergl. ganz und gar keinen Aufschluß über den Besitz giebt. Irgend welche begleitenden Umstände, etwa ein gewisses Zeitmaß der Inhabung als den Besitz erweisend zu postulieren, hieße aber das freie richterliche Ermessen in bedenklichster Weise beschränken.

Was aber die Präsumtion des Eigenbesitzes betrifft, so ermangelt sie für das Interdikt jeglicher Bedeutung. Denn Strohal will doch nicht etwa dem Eigenbesitzer, welcher den Pfandbesitzer entsetzt hat, den Vorzug im Interdikt geben, Und wenn beide gleich stark im Beweise wären, für wen wirkt dann die Präsumtion?

Gerade Strohal, welcher die Lehre auf die Inhabung aufbaut, sollte doch die Analogie der Inhaber-Papiere heranziehen.

Will Strohal etwa demjenigen, welcher erklärt, er sei Besitzer und wolle es sein, die Besitzklage absprechen? Dann verstehe ich nicht, wie er dem Erben, welcher Besitz an dem durch Vindikations-Legat einem Dritten vermachten Gegenstand ergreift, den Besitz-Schutz zusprechen will. Ich verstehe ferner nicht, weshalb Strohal gegen die ungesunde Überschätzung des innern Wollens polemisirt (Band 31 S. 11), vermöge welcher die wichtigsten Rechtsfolgen an das Dasein durchaus unkontrolirbarer psychologischer Vorgänge geknüpft werden sollen. Eben weil die Zwecke und Absichten des Besitzers sich je nach Lage der Sache verändern können, weil sein Eigenthums- wie sein Aneignungs-Wille durch die manchfachsten außerhalb seines Wollens und Könnens liegenden Umstände bedingt sind, ist es unrichtig, den Eigenbesitz für die Besitzlehre als selbständiges Institut hinzustellen.

Um aber nochmals auf den Grundgedanken dieses Paragraphen zurückzukommen, so beruht er auf jener großen Verkennung des der Besitzlehre zu Grunde liegenden Gedankens. Er stellt den besitzerwerbenden Menschen dem wilden Thiere gleich, das seine Beute ergreift und in seinen Zähnen hält; er betrachtet den Menschen nicht als ein *ζῶον πολιτικὸν*, welches mit seinem Mitmenschen zu rechnen hat, diesen ein Verbot auferlegt und sich bewußt wird, daß es nur der Erkennbarkeit dieses Verbotes bedarf, nicht irgend einer zwecklosen Gebrauchshandlung, nur um den Besitz zu erwerben.

§ 3 b.

Ein den Bestimmungen des öffentlichen Rechtes offenbar zuwiderlaufender Besitzstand wird nicht anerkannt.

Wir fragen hier billig: Wem gegenüber? Und zweitens: Wie dann, wenn das öffentliche Recht bestritten ist?

Was die erste Frage betrifft, so exemplifizirt Strohal seinen Satz mit dem Fall, daß ein Bauer einen Streifen öffentlichen Weges als zu seinem Acker gehörig behandelt. Hätte Strohal sich im Römischen Recht etwas genauer umgesehen, so würde er wissen, daß durch einen solchen Akt nur eine Besitz-Störung entsteht. Die Öffentlichkeit des Weges ändert an dieser Sache Nichts.

Was aber die zweite Frage betrifft, wenn an einer öffentlichen Sache wirklich Besitz ergriffen ist, so ist diese Bestimmung

durchaus schief. Wie sich der Staat oder die Gemeinde Besitzstörungen gegenüber zu verhalten hat, ist Sache des öffentlichen Rechtes. Diese Verwaltungs-Akte können völlig neben dem Privatstreit einhergehen. So können dem Staate Montierungsstücke abhanden gekommen sein, und er kann die nöthigen Recherchen anstellen, währenddem vielleicht diese Sachen — man denke z. B. an unverarbeitetes schwarzes Tuch — in einer andern Gegend redlich in die Hände eines Geschäftsmannes gekommen. Was heißt hier das „offenbar?“ Wenn der Kaufmann sich nicht davon überzeugt hat, daß diese Sachen Staats-Eigenthum seien? Soll wirklich sein Besitz Privaten gegenüber nicht anerkannt werden? Soll daher jeder berechtigt sein, die Sachen ihm wegzunehmen? Dies würde den entgegengesetzten Erfolg haben.

Alle diese Mißverständnisse erwachsen aus dem Aneignungs-Gedanken und der Vorstellung der Beziehung der Person zur Sache. Der Besitzer von Staatseigenthum hat aber als solcher Dritten gegenüber stets plus juris. Den staatlichen Maßregeln gegenüber kommt sein Privatrecht freilich nicht in Betracht. Andrerseits würde ihm die staatliche Einziehung als solche auch nicht die Rechte eines Besitzers nehmen können. Auch vom Staate kann er vor dem Privatrichter den Beweis seines Eigenthums verlangen.

Ganz denselben Fehler begeht § 798 des Entwurfes: Besitz einer Sache ist nur insoweit möglich, als Eigenthum an der Sache möglich ist. Denn wenn zwei Personen um den Besitz streiten, so würde danach der rechtswidrige Besitzer sich auf Grund der Behauptung, an der Sache sei kein Eigenthum möglich, im Besitze behaupten können; oder aber es würde ein bellum perpetuum entstehen. Alle diese Irrthümer sind die Frucht des eigenthumsartigen Zuschnittes des Besitzes.

Hätte man doch, statt die Grenzen der Besitzbarkeit zu ziehen, den Römischen Satz berücksichtigt: Festus: praetores secundum populum vindicias dicunt. D. h.: Macht eine öffentliche Behörde einem Privaten gegenüber die Öffentlichkeit einer Sache geltend, so wird ihr der Besitz zugesprochen. (Vergl. das unter Klein Gesagte.)

§ 3 c.

Durch eigene Handlung kann Besitz erwerben, wer der im § 3 a bezeichneten Willens-Bethätigung fähig ist.

Den diesem Paragraphen zu Grunde liegenden Gedanken erkennen wir als vollberechtigt an; dagegen giebt die Formulierung zu dem Mißverständniß Anlaß, daß bei Jedem, auch dem Geschäftsfähigen, geprüft werden müsse, ob er zu dem Besitz-Erwerb fähig ist.

An Stelle dieses Paragraphen schlagen wir vor: Ein Geschäfts-Unfähiger hat Besitz durch eigene Handlung erworben, wenn sein Mundwalt genehmigt.

§ 3 d.

Eine Sache kann auch von Mehreren ungetheilt besessen werden.

An Stelle dieses Paragraphen schlage ich den folgenden vor: Besitzen mehrere gemeinschaftlich, so ist das Verbot Jedes Einzelnen dem Andern gegenüber wirksam.

Um Mißverständnissen zu begegnen, setzen wir hinzu: „vorbehaltlich des Anspruchs auf Entschädigung und der Klage aus dem bestehenden Recht."

Dieser Satz macht nichts weiter geltend, als den Römischen Satz: potior est causa prohibentis.

§ 3 e.

Zur Übergabe des Besitzes an frei zugänglichen Sachen genügt die hierauf gerichtete und verkehrsüblich zum Ausdruck gebrachte Willens-Einigung zwischen dem bisherigen Besitzer und dem neuen Erwerber.

Warum nur an frei zugänglichen? Oder wem gegenüber und wann muß die freie Zugänglichkeit vorhanden sein? Unseres Erachtens wäre es richtiger, den Besitzübertragungs-Consens gerade dann zu gestatten, wenn die Sachen zur Zeit nicht zugänglich sind, wie es das R. R. gethan hat, so bei der demonstratio a turre. Das R. R. dispensirt gerade hier von der verkehrsüblichen Beschreitung, weil es nicht die Besitz-Übertragung von solchen Zufälligkeiten abhängig machen will.

Wer aber in der praesentia rei mehr erblickt, als eine Beweis erbringende Thatsache, wer in ihr beim Besitz-Erwerb die zu beweisende Thatsache erblickt, der möge bestimmen, wieviel Ellen eine Sache von den Übergebenden entfernt sein muß, um praesens zu

sein. Verwechselung zu verhüten, die Publizität zu sichern, dazu diente den Römern das Erfordernis der Gegenwart der Sache bei der Mancipation. Sie mußten solche Mittel anwenden, weil ihnen ein so weitgehendes Urkundenwesen fehlte.

Ich setze ferner den Fall, es habe Jemand in einem Kellerraum oder in einem Lagerraum Waaren liegen. Dieser Keller ist durch Einsturz zur Zeit verschüttet, oder wird durch eine obrigkeitliche Maßregel abgesperrt. Soll es hier dem Eigenthümer unmöglich gemacht werden, die Waaren zu Eigenthum oder Pfand, kurz zu Besitz zu übergeben? Strohal wird mich auf den folgenden § verweisen. Ganz recht. Aber was bedeutet denn dann die Einschränkung, daß nur an frei zugänglichen Sachen Besitz-Übertragung durch Willenseinigung erlaubt sein soll?

Der folgende § lautet nämlich:

§ 3 f.

Zu Eigenbesitz kann eine Sache einem Anderen auch derart überlassen werden, daß der bisherige Eigenbesitzer dieselbe mit Gestattung des Andern zu Nutzbesitz oder als dessen Vertreter behält.

Mit diesem Satze ist das sog. constitutum possessorium gemeint, eine Schöpfung der gemeinrechtlichen Disciplin, welche für das Auge des Juristen ganz und gar des selbständigen Werthes entbehrt, da jede Besitz-Übertragung constitutum possess. ist. Bleiben wir bei dem obigen Beispiel, so schwebt hier offenbar die Vertretung in der Inhabung völlig in der Luft. Denn in welcher Angelegenheit soll denn der sog. Inhaber, nachdem er tradiert hat, den Besitzer vertreten?

Man kann für diese sonderbare Gestaltung der Lehre keinen andern Grund finden, als das Festhalten an einem rein doktrinären Prinzip.

Statt sich einfach klar zu machen, daß der Besitz eine Macht-Beziehung zu den Menschen ist, statt sich klar zu machen, daß der Ausschluß der Mitmenschen der Kernpunkt ist, haftet man an dem doktrinären Prinzip der Inhabung.

Ich wiederhole immer wieder: Sieht man in der sog. rein geistigen Tradition eine Gefahr, so möge man symbolische Handlungen einführen. Nur möge man bedenken, daß man damit dem Verkehr eine schwere Last auferlegt und daß es schwer gelingen wird, ein solches Symbol dem Verkehr einzuimpfen.

Ich bin aber der Meinung, daß bei Collusion zwischen Tradenten und Empfänger auch solche Mittel Nichts verschlagen. Gegen Betrüger und Meineidige ist überhaupt kein Kraut gewachsen, als ein wachsames Auge der Polizei und Strenge der Strafjustiz. Im Civil-Verkehr aber ist Alles, was erreicht werden kann, erreicht durch das freie richterliche Ermessen. Eine Gesetzgebung aber, welche die klaren und einfachen Grundgedanken verschleiert, hemmt nur den Richter.

§ 3 g.

Zur Übergabe des Eigenbesitzes einer Sache, welche sich in der selbständigen Inhabung eines Dritten befindet, genügt die Übertragung des Anspruchs auf Herausgabe. Den hinreichend beglaubigten Erwerber hat der Inhaber, sofern dies nach Maßgabe der Umstände von Belang ist, als Eigenbesitzer anzuerkennen.

Dieser Paragraph enthält Eigenthums-Normen und strotzt von Widersprüchen. Was aber eigentlich damit ausgedrückt werden soll, ist aus allen Widersprüchen herausgeschält unser Prinzip.

Mit der Übertragung des Anspruchs auf Herausgabe kann der Eigenthums-Anspruch gemeint sein.

Durch Übertragung der Vindication würde demnach der Empfänger Besitzer werden und demnach der Besitzer gegen den Besitzer klagen müssen. Soll dies überhaupt Sinn haben, so käme es auf den Publizianischen Anspruch oder die Vindikation hinaus. Dann sagt der erste Satz: Die Vindikation kann übertragen werden.

Bedeutet aber die Ubertragung des Anspruchs auf Herausgabe Übertragung des Besitz-Anspruchs, so sagt der Satz: durch Übertragung des Besitz-Anspruchs geht Besitz über, obwohl ein Anderer Besitz hat. Ich wüßte gar nicht, wie Jemand diese Klage substantiiren sollte. Obwohl der Kläger Besitz hat, erhebt er doch den Anspruch auf Herausgabe des Besitzes!

Und wohl gemerkt: Nach § 2 steht der selbständige Inhaber einer beweglichen Sache, auch wenn er sie nicht zu eignem Vortheil innehat, dem Besitzer gleich.

Da nun beide Besitzer sind, so würde gar nicht feststehen, wer denn eigentlich Kläger ist, wer Beklagter. Und trotz dieser Duplizität der Klage würde sie doch nicht Besitzklage sein, weil doch der Eigenbesitzer nachweisen müßte, inwiefern er denn Eigenbesitzer sei. Vergl. noch das zu Bähr 27 ff. Gesagte.

§ 3 h.

Dieser Paragraph enthält für den Besitz-Verlust das Prinzip, welches wir vertreten.

Die folgenden Anhänge zum § 3 können wir übergehen, da sie für uns kein besonderes Interesse haben.

Wir gehen über zu

§ 4.

Soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, darf Niemand den Besitzer eigenmächtig stören oder ihm den Besitz entziehen. Der Besitzer ist befugt, darauf gerichtete Handlungen mit Gewalt abzuwehren. Diese Befugniß steht auch dem Nutznießer wider den Eigenbesitzer, dem letzteren wider den ersteren aber insofern zu, als dieser die Grenzen des Nutzbesitzes offenbar überschreitet — und das Resultat ist eine allgemeine Prügelei. Indem wir auf das Nothwehrrecht verweisen, das civilistisch überhaupt nicht geregelt werden kann, wiederholen wir, daß im Nothwehrrecht nicht die Inhabung, sondern entweder die Person des Inhabers selbst oder Rechte vertheidigt werden.

Was aber vor Allem bedenklich an dem Entwurf Strohals, ist, daß wenn einmal Jemand durch Hintergehung oder Vergewaltigung Inhaber und dadurch Besitzer geworden ist, der Inhaber als Besitzer des Schutzrechts genießt, sodaß nunmehr der im Besitz Gestörte auch durch Nothwehr, sich nicht mehr des Störers erwehren kann. Denn soweit die Inhabung reicht, reicht ja nunmehr sein Besitz und damit sein Selbstvertheidigungsrecht.

Und an diesem Mangel leidet der von Strohal konstruirte ganze Besitzschutz, weil eben die hergestellte Beziehung zur Sache, nicht die zu dem Gegner das Entscheidende ist. Daß Gewalt Gewalt bleibt und nur allmählig vernarben kann, ist nur dann zu erklären, wenn sie ein zwischen Personen bestehendes Verhältniß bricht. Gegen Sachen giebt es keine Gewalt im Rechtssinne.

Wie aber soll überhaupt eine Eigenmacht durch Störung und Entsetzung möglich sein, wenn Besitz und Inhabung eine Beziehung zu der Sache ist? Offenbar muß doch der Gestörte oder Entsetzte dem Angreifer bereits eine Grenze gesetzt haben. Eigenmacht ist die aus der Person des Handelnden hervorgehende Macht. Insofern ist jede freie Handlung Eigenmacht. Soll aber die Eigenmacht eine Rechtswidrigkeit in sich tragen, so ist erforderlich,

daß der Handelnde Eigenmacht anwendet, wo sie nicht gestattet ist. Es muß also bereits ein Verbot existiren. In diesem Verbot liegt der Besitzerwerb. Dieses Verbot kann natürlich nur durch Eigenmacht überschritten werden, aber eben durch das Verbot wird sie eine rechtswidrige, entweder indem der Eigenmächtige den Verbietenden hintergeht oder ihn vergewaltigt.

Entweder bezeichnet man als Eigenmacht jede freie Handlung oder eine solche, welche eine Hintergehung oder Vergewaltigung enthält. Damit diese aber vorliege, muß ein Verbot vorausgegangen sein.

Damit schließe ich die Kritik des Strohal'schen Entwurfes ab; es wäre noch viel im Detail entgegen zu halten; allein die Grundlagen galt es anzugreifen; die Einzelheiten fallen damit von selbst. Ich habe nicht meine Autorität gegen die Strohals gestellt, sondern die des Römischen Rechts.

---

§ 5. Bekker.

Viel mehr Genuß als die Strohalsche Arbeit hat mir die Lektüre von Bekkers neuester Abhandlung: Zur Reform des Besitzrechts (Jahrbücher für Dogmatik Band 30 N. f. B. 18) gewährt.

Mancherlei Ausführungen Bekkers sind es, die mich sympathisch berührt haben.

Dahin gehört nicht die Annahme der Unzulänglichkeit des R. R. in der Besitzlehre. Denn ich gehe nach wie vor davon aus, daß das R. R. nur eine mehrhundertjährige Praxis darstellt und daß die Theorie desselben eine instinktiv entstandene ist, daß vielmehr die Romanistische Theorie es ist, welche die Mängel verschuldet hat, und daß der „Fehler nur in unserer Auffassung liege."

Anregend und wohlthuend aber ist der weitblickende Standpunkt, von dem aus Bekker die Besitzlehre betrachtet. So wenn er auch den Besitz an unkörperlichen Gegenständen in die Betrachtung zieht. Das giebt mir Hoffnung, daß der dritte Theil meines Werkes, der Besitz an geistigen Gütern, Beachtung finden wird.

Was die Lehre selbst betrifft, so schließe ich mich ihm in der Annäherung an Goldschmidts Auffassung an; aber nur in der Annäherung. Prinzipielle Fragen trennen mich von ihm wie von Goldschmidt noch.

Erfreulich ist auch, daß Bekker so energisch die einzigen Rechtsfolgen des Besitzes nach Savigny bestreitet. Die Usucapion ist keine reine Rechtsfolge des Besitzes. Sie ist es nicht nach Römischem Recht, weil auch die Verjährung noch das Requisit der Zeit erfordert; sie ist es selbst dann nicht, wenn der Satz des Code Napoleon § 2230 Geltung gewinnt: On est toujours présumé posséder pour soi et à titre propriétaire, s'il n' est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.

Dieser Satz stellt zwei Präsumtionen auf.

Es wird erstens präsumirt: posséder pour soi; das ist keineswegs possidere pro suo, wie man anzunehmen verführt sein kann, sondern es ist possidere suo nomine.

Es wird zweitens präsumirt:

posséder à titre propriétaire, das ist possidere pro suo.

Das Schema des R. R. ist folgendes in Bezug auf den Titel

conträr	contradictorisch	conträr
pro suo	pro possessore	pro alieno
bona u mala fide		
pro occunato pro derelicto pro emtore pro herede pro donato u. dergl. Spezial-Titel pro suo		als Pfandgläubiger als Sequester als Prekarist

Das pro bedeutet nicht „für", sondern „als", so gut wie der pro socio Klagende nicht für, sondern als Sozius klagt. Man besitzt eine Sache entweder als die seinige, als fremde; oder man besitzt sie als Nichteigenthümer; als Käufer, als Erbe u. dgl.

Posséder pour soi ist aber der Gegensatz zum besitzen in fremdem Namen.

Diese Verwechselung ist eine Saat des animus domini und der Eigenthumsgleichheit des Besitzes. Der Gegensatz von posséder pour soi und posséder pour un autre kann in sämmtlichen Fällen eintreten, die wir im obigen Schema bezeichnet haben.

Trotzdem nun, daß diese beiden Präsumtionen noch Platz greifen, trotzdem, daß die bona fides präsumirt wird, kommt darnach als weiteres Moment für die Ersitzung noch die Zeit in Betracht. Der Besitz ist daher nur eine Bedingung, nicht aber die Ursache der Usucapion.

Und ebenso ist Bekker darin beizutreten, daß die Interdicte nicht Wirkung des Besitzes, sondern Wirkung der Störung oder Entziehung sind. Um so mehr müssen Besitz und Rechtsfolgen getrennt werden.

Endlich ist Bekker einer der Wenigen, der auch die Pflichten des Besitzers anerkennt.

Wir schreiten nun zu dem System, welches Bekker aufstellt: Er unterscheidet:

1. Vollrechte.
2. Ersitzungsrechte.
3. Besitzrechte.
4. Detentionsrechte.

Die ersten drei Klassen sind anerkannt. Denn mag man auch über die Natur des Besitzes streiten, das jus possessionis läßt sich nicht bestreiten.

Zu den Vollrechten aber zählt Bekker ein neues Recht, das dingliche Retentionsrecht.

Indem nämlich Bekker auf die den dinglichen Klagen entgegengesetzten Retentionsrechte aufmerksam wird, zieht er den Schluß (S. 269), Retentionsrechte, die dinglichen Rechten hemmend gegenübertreten, sind selber dingliche Rechte. Ich glaube nicht, daß dieser Satz zuzugeben ist. Hat Jemand gekauft und tradirt erhalten, so wird er dem Verkäufer durch exceptio doli Retention entgegen halten. Auch in der Commodatsklage kann der Beklagte Retention anwenden, obwohl der Commodant sein Eigenthum voll und ganz beweist. Daß aber Käufer und Commodatar speziell aus den Verträgen ein Retentionsrecht gegen dritte Vindikanten geltend machen können, wird Bekker nicht behaupten wollen. Da, wo das Prinzip „Hand muß Hand wahren“ gilt, hat die Retention für den redlichen Käufer überhaupt keinen Zweck. Das Commodat aber dinglich zu machen, wird Bekker nicht die Absicht haben.

Zweifel erregt nur die Retention aus Impensen. Ich nehme, gestützt auf das R. R. und die Autorität angesehener Juristen,

an, daß der Anspruch aus nothwendigen Impensen ein Anspruch aus neg. gestio ist, sodaß dieser Anspruch gegen jeden geltend gemacht werden kann, den der Richter als Eigenthümer, qua Eigenthümer u. dergl. anerkennt.

Es ist aber gar nicht zu leugnen, daß sich auch noch eine andere Meinung Platz verschafft hat, die namentlich bei dem Impensen-Anspruch gegen die Dotal-Klage zur Geltung kommt. Durch Verwendung auf die eingeklagte Sache hat sich der Beklagte ein negatives dingliches Recht an der Sache erworben. Er braucht überhaupt nicht herauszugeben, ehe er nicht für seine Auslagen Deckung empfangen hat. Ist dem so, so wüßte ich nicht, was wir noch gegen die Anerkennung eines Pfandrechtes einwenden sollten. De lege ferenda ist zu streiten, ob man nicht diesem Retinenten ein endliches Verkaufsrecht gewähren soll. Das R. R, macht ja aber das Verkaufsrecht gar nicht zu einer unentbehrlichen Bedingung des Pfandrechtes.

Im Uebrigen ist dieses absolute Retentionsrecht dem Pfandrechte eingeräumt. Denn wenn dieses Retentionsrecht jedem Vindikanten gegenüber geltend gemacht werden kann, so muß es um so mehr im Falle des Concurses den Gläubigern des Vindikanten gegenüber wirksam sein. Denn nur das ist im Vermögen des Kridars, was er selbst einklagen kann.

Damit gelangen wir zu einer Betrachtung des Detentionsrechtes Bekkers. Da es sich um die negative Geltendmachung desselben handelt, weil die positive offenbar die betr. Vertrags-Klage ist, so kann es sich nur um Retentionsrecht handeln; d. h. das in possessione esse wird negativ geltend gemacht.

Ich habe meinen Standpunkt oben bereits dahin dargelegt, daß ich den modernen Begriff der Detention nicht nur vom Römischen Standpunkte aus verwerfe, sondern von jedem Standpunkte aus.

Ich glaube, gezeigt zu haben, daß die naturalis possessio, um die es sich ja handelt, aus sich selbst kein Recht erzeugt, sondern nur eine Reflex-Wirkung anderer Rechte ist.

So giebt es denn auch a limine kein Retentionsrecht oder Detentionsrecht, welches nicht mit seiner causa steht und fällt. Eben deshalb wird das Retentionsrecht durch exceptio doli oder aus dem Vertragsrecht geltend gemacht. Nicht wie beim Besitz kann

der Retinent oder sog. Detinent, ohne daß er den Rechtsgrund nachweist, sein Retentionsrecht geltend machen, sondern er muß den Rechtsgrund beweisen. Erhält er durch Geltendmachung externer Rechte seinen Ausschluß aufrecht, so ist er in mora, wenn sein Forderungs-Recht nicht besteht.

Es bleibt immer dabei, daß der Retent durch Selbsthilfe nicht ein Retentionsrecht an sich verletzt, sondern entweder das Vertragsverhältniß oder die externen Rechte, welche die retinirte Sache gegen ihn decken. Dem Retinenten steht Nothwehr zur Seite. Aus Verletzung der schützenden Sache oder seiner eigenen Person actio legis aquiliae, aus widerrechtlichem Eindringen und Verletzung der Person actio iniuriarum. Und selbst wenn wir annehmen, daß er sein vertragsmäßiges in possessione esse auch schon nach Römischem Recht durch Nothwehr vertheidigen konnte, so ist dies keine Vertheidignng der Detention, sondern eben eine Vertheidigung des Vertragsrechtes. Und dem steht zur Seite ein genügender Strafschutz nach heutigem Recht. Setzt sich nun der Retent trotzdem gegen den Retinenten durch, so stehen dem Retinenten abgesehen von den aus der Verletzung der externen Rechte entstandenen Ansprüchen nach Römischem Recht noch die Strafansprüche der lex Julia und des Decretum Divi Marci zur Seite. Zwecklos aber wäre ein Interdictum recuperandae retentionis. Sollen nicht andere Gläubiger benachtheiligt werden, so kann das Retentionsrecht nur den relativen Schutz gegen den Schuldner gewähren. Mehr als relativer Schutz wird also doch nicht erreicht und darf eben im Interesse der konkurrirenden Gläubiger des Retenten nicht erreicht werden.

So schnell aber, wie die Restitution durch ein solches Interdictum recuperandae retentionis erreicht wird, kann der Geschädigte Arrest erlangen, ja sogar leichter und schneller!

Nur dann, wenn der Retinent in dem Rententionsrechte ein Pfandrecht (Miethe, Pacht; handelsrechtliches Retentionspfand) geltend macht, hat das Interdikt Sinn und Zweck, weil der Retinent eben dann Pfandrechts-Besitz geltend macht; der Ausschluß wirkt gegen Dritte.

Was man bei dem Detentionsrecht nicht bedenkt, ist die Relativität des negativen Anspruchs, der doch nur zu einem Arrest führen kann. Dieser Vorwurf gilt sogar auch dem Decre-

tum Divi Marci. Die Strafe des ius crediti perdere ſtraft in Wirklichkeit konkurrirende Gläubiger mit. Die lex Julia, die wahrſcheinlich nur Geldſtrafe verhängt, vermeidet dieſen Fehler.

Mit dem Beweiſe aber, daß der Retentions- und Detentions-Bruch ſtets ein Recht verletzt, daß nicht die Retention ſelbſt verletzt wird, iſt auch über die Geltung des Decretum Divi Marci entſchieden. Mit Windſcheid I § 123 A 4a nehme ich an, daß durch E. St. G. B. § 2 Abſ. 1 dieſe Strafbeſtimmungen aufgehoben ſind. Und zwar deshalb, weil das St. G. B. den Begriff dieſer vis in eine Reihe von einzelnen Thatbeſtänden aufgelöſt hat.

Demnach hat das Detentions- oder Retentionsrecht keine praktiſche Bedeutung und keine theoretiſche Begründung, Dinge, die ſtets ſich decken oder doch decken ſollten.

Zu fragen iſt nur noch, ob durch die Realexekution, zu welcher das moderne Recht durchgedrungen iſt, ein beſonderes Detentionsrecht geſchaffen iſt. Auch dies muß verneint werden. Denn das Recht beruht nie auf der Detention ſelber, ſondern ſtets auf demjenigen Rechtsgrund, welcher zur naturalis possessio geführt hat. Aus dieſem muß geklagt und Sicherheit verlangt werden. Einſtweilige Verfügungen können nur der Wahrſcheinlichkeit des ſpeziellen Contractes wegen gegeben werden. Die Detention iſt daher je nach den verſchiedenen Verträgen etwas ganz Verſchiedenes.

Beſitz oder Nichts iſt Alternative. Würde daher der Hausherr einen angeblichen Miether austreiben, ſowie Sachen auf die Straße ſtellen, ſo könnte er wohl eine Reihe von Delikten begehen, ſelbſt wenn der Inhaber nur ein putativer Miether iſt. Der Richter könnte auch auf Grund der Wahrſcheinlichkeit, daß die Miethe beſtehe, eine einſtweilige Verfügung treffen, welche den Vermiether anweiſt, den Miether wieder einziehen zu laſſen. Der Rechtsgrund bleibt aber ſtets der wahrſcheinlich gemachte Contract, den der Miether ſelbſt wahrſcheinlich machen muß. Die „Thatſächlichkeit des Rechts aber mit der Behauptung, Miether zu ſein, würde dem Richter dieſe Wahrſcheinlichkeit durchaus nicht immer geben, weil die Miethe ihrem Prinzip nach zeitlich beſchränkt iſt und es dabei noch zahlreiche Gründe giebt, welche das Miethverhältniß aufheben. Die bona fides darf aber den Richter nicht etwa veranlaſſen, der Obdachloſigkeit eines Pſeudomiethers durch Gewähr-

ung einer Heimstätte auf Kosten des Hausbesitzers zu Hilfe zu kommen.

Wir gelangen nun zu der Ansicht Bekkers über das Wesen des Besitzes.

Bekkers Verdienst ist es, Fragen klar und bündig zur Debatte zu stellen: Auch Bekker stellt die Frage: Was ist der Besitz? Aber Bekker giebt dieser Untersuchung Inhalt, indem er fragt: Ist das rechtswirksame possidere

a. ein Thun des Besitzenden und zwar
   α. ein einmaliges fecisse mit andauernden Rechtsfolgen postquam fecit oder
   β. ein fortgesetztes facere, mit dessen Aufhören auch die Folgen in Wegfall kommen.
b. kein Thun, sondern ein Sein, Sich-Verhalten, ein Zustand und zwar
   α. ein einmal eingetretenes fuisse, dessen Folgen auch nach dem Aufhören desselben andauern oder
   β. ein durchdauerndes esse, dessen Aufhören auch den Wegfall der Rechtsfolgen bedingen muß.

Bekker selbst, der nach wie vor an der Ausübung festhält, ist der Meinung, eine ausreichende Grundformel lasse sich nicht geben.

Ich bin anderer Meinung und halte es nicht nur für Aufgabe der Jurisprudenz, zu bündiger Beantwortung dieser Fragen durchzudringen, sondern ich halte auch dafür, daß eine annähernd zureichende Antwort schon jetzt gegeben werden kann.

Zu aα. Der Besitz selbst ist kein fecisse; der Besitzerwerb ist ein fecisse nach der Vollendung. Denn da er nach Römischem Recht retinirt wird, so muß etwas vorhanden sein. Und dies sind nicht die Rechtsfolgen. Denn durch die Rechtsfolgen wird der Besitzer darin geschützt, daß er den Besitz retinirt.

Zu aβ. Der Besitz ist kein fortgesetztes facere. Possessio est quasi positio quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. Demnach ist er ein Zustand, der durch beständiges Thun erhalten wird, aber nicht in dem beständigen Thun besteht. Dieses beständige Thun, welches als Handlung die prohibitio ist, ersetzt der Mensch durch custodia, d. h. durch das Setzen von dauernden Pro-

hibitionsmitteln. Ganz wie das Leben nicht in beständig wiederholtem Essen und Athmen besteht, sondern durch dasselbe erhalten wird.

Zu b$\underline{\underline{\alpha}}$. Ja, wenn man die vacua possessio der Erbschaft anerkennt.

Zu b$\underline{\underline{\beta}}$. Der Besitz ist ein Zustand und zwar ein „Durchhaltender." Das Durchhaltende des Besitzes besteht eben darin, daß der Besitz eine Negative ist. Diese dauert von selbst fort, so lange nicht eine positive Handlung eintritt.

Der Besitz besteht aus zwei Elementen:

1. das Wollen des Unterlassungszwangs,
2. der Unterlassungszwang, der Ausschluß der Mitmenschen.

Eine Ausnahme von der Regel, daß der Besitz ein Zustand ist, macht der sog. Besitz an nichtständigen Servituten; aber von diesen sagt ja auch Paulus, es gebe keinen echten Besitz an ihnen. Die theoretische Erklärung dieses Besitzes ist an einem anderen Ort zu versuchen; und wir gehen deshalb hier über denselben hinweg. Dasselbe gilt vom Besitz an Reallasten.

Bekker begnügt sich aber nicht damit, das Detentionsrecht zu construiren, sondern er will sich überhaupt von den Pandekten lossagen und ein ganz neues Besitzrecht auf dem Begriff der Gewahrsame aufbauen. Wenn dies möglich, wer wollte es ihm verargen? M. E. vermögen wir weiter Nichts, als die Grundgedanken der Römischen Besitzlehre weiterzubilden, einzelne Mängel zu corrigiren, nicht aber ein neues Ding an deren Stelle zu setzen.

I. Bekker sagt (S. 311): An Mobilien wird dies Recht (ius possessionis) nicht durch das Zusammentreffen von corpus und animus erworben, nicht allemal durch eine Handlung des Besitzerwerbers; sondern dadurch, daß die Sache mit oder ohne Zuthun des Erwerbers in den Bereich der häuslichen Gewalt oder Gewahrsam gelangt. „Was in meinem Gewahrsam sich befindet, das besitze ich und kann es vertheidigen mit Fäusten und mit Klagen." Was das „mit Fäusten" betrifft, so wird die Faust dann zu spät kommen, wenn die Sache bereits weggetragen ist. Was aber die gegenwärtige Faust betrifft, so ist dies ganz richtig, weil der Inhaber einer Wohnung dem Eintretenden offenbar den Aufenthalt precario nur soweit gewährt, als dieser seinen Geboten und Verboten nachkommt. Der Gewahrsame vertheidigt daher Nichts weiter als sein Hausrecht. Aber ich kann Bekker dagegen

Fälle nennen, wo der Gewahrsamer auch außerhalb des Bereiches die Gewahrsame übt, gleichfalls mit Gewalt.

Habe ich ein Pferd zum Reiten und Jemand will mir dasselbe auf öffentlicher Straße wegnehmen, so übe ich die Gewahrsame, indem ich Gewalt gegen Gewalt setze. Ich vertheidige dabei nicht die Gewahrsame, sondern ich übe sie, indem ich mich selbst vertheidige.

Wird aber die Gewahrsame gebrochen, so werde ich doch besser thun, den Vermiether u. dergl., kurz meinen Autor zu benennen, und nur bei Gefahr im Verzuge die Besitzklage als neg. gestor anstellen. Denn wird mir der Besitz restituirt, nicht nur als Vertreter meines Autor, so hafte ich dem Vindikanten als Besitzer.

Was aber in meine Gewahrsame, in den Bereich meiner Häuslichkeit gebracht wird, daran erwerbe ich auch nach R. R. dann Besitz, wenn ich denselben erwerben will. Ein völlig zufälliges „In der Gewahrsam sein“ der Sache kann aber Nichts bedeuten. Wenn jedoch durch Vertreter oder neg. gestores Sachen, die für mich bestimmt sind, in meine Gewahrsame kommen, so erwerbe ich Besitz. Der Briefkasten, den ich an meiner Thüre anbringe, giebt so gut, wie eine Urkunde, den Willen kund, daß ich an den Sachen, die hinein gelegt werden, Besitz ergreifen ev. dieselben nur in meine Gewahrsame nehmen will. Dienstboten sind meine generell Beauftragten. Ist ein Gast oder sonst Jemand anwesend, so ist er mein neg. gestor u. s. w. Dieser generelle und eventuelle Wille befähigt mich zur Wahl, entweder Besitz geltend zu machen oder nur die Gewahrsame für den Dritten zu üben.

Wie aber will Bekker den Fall entscheiden, wenn A. den B. besucht, seinen Mantel im Zimmer ablegt, seinen Stock in die Ecke stellt; oder wenn Jemand sich bei einem Arzt entkleidet und die Kleider auf den Stuhl legt? Darf dann der Arzt auch Alles, was sich in dem Bereich seiner häuslichen Gewalt befindet, mit Fäusten vertheidigen? Ist die Gewahrsame selbst die Ursache des Rechtes, dann begeht der Arzt, der die Kleider des Entkleideten in engere Gewahrsam nimmt, keinen rechtswidrigen Angriff, der Entkleidete befindet sich nicht in Nothwehr.

Nicht darin sollte man die verbessernde Hand anlegen, daß man eine Gewahrsame ohne Willen schützt, sondern darin, daß man fragt: Ist der Satz ignoranti

possessio adquiritur dann anwendbar, d. h. entsteht dann Besitz, wenn ein generelles Mandat oder ein Eventual-Wille vorliegt? Diese Verbesserungsaufgabe fällt nicht der Gesetzgebung zu, sondern der Interpretation des Richters und der Wissenschaft. Hat generelles Mandat zu dem thatsächlichen Ausschluß geführt, und ist eventueller Besitzwille vorhanden, so kann der Erwerber durch das Interdikt sich schützen. Ein Wissen von dem konkreten Einzelerfolge ist gar nicht nöthig.

Wenn nun Bekker die Gewahrsame, wohl beachtet als Grundlage des Besitzes, folgendermaßen definirt: „Herrschaft über ein räumliches, aber nicht mit dem Zollstock, sondern nach den (wirthschaftlichen) Erfahrungen des Lebens zu bemessendes und zu begrenzendes Gebiet", so liegen in dieser Definition Zugeständnisse nach allen Seiten, nach Pininski, Strohal, Goldschmidt u. A.; aber als Grundlage, als objectiver Thatbestand des Besitzes genügt dies nicht: Zeichne ich Bauholz, Balken mit meinem Zeichen und lasse sie am Platze liegen, so habe ich nach Römischem wie nach heutigem Recht Besitz erworben. Hier findet sich keine Herrschaft über ein räumliches Gebiet als dasjenige, welches das erworbene Material selbst ausfüllt und über dieses nur so lange, als das Material den Raum ausfüllt.

So können denn auch an dieses Gebiet nicht die Rechtsfolgen angeschlossen werden, die Bekker aufzählt:

A. Schutz durch Eigenmacht. Gewiß nicht. Denn, wie wir hervorgehoben, nicht die Gewahrsame wird vertheidigt, sondern das Recht, welches als Nebenwirkung die Gewahrsame hervorbringt — oder aber der Besitz.

B. Schutzklagen. Auch sie haben nur in negotiorum gestione Bedeutung.

C. Die Gewahrsame bindet nicht an die Vindikation; denn der „als Besitzer" Beklagte kann nach § 73 C. P. O. den Autor benennen. Im Termin erscheinen und sich erklären müßte er zur Vermeidung der Contumazialfolgen auch, wenn er nicht Inhaber wäre. Selbst von den Kosten kann er sich sogar dem Kläger gegenüber befreien, wenn er nachweist, daß er durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keinen Anlaß gegeben habe. Und dazu würde gewiß die Mittheilung, daß er nur im fremden Namen besitze, genügen.

D. Occupation. Auch zu dieser ist die Gewahrsame im Sinne Bekkers nicht nöthig.

Beweis: Die Occupation von Holz in einem Gemeindewalde, welche durch Zeichnung geschieht. Die Gewahrsame ist und bleibt für mich Mittel der Herstellung oder der Aufrecht-Erhaltung des Besitzes. Sie unterscheidet sich in ihrem faktischen Bestande von der naturalis possessio dadurch, daß das Ausschluß-Mittel kein externes Recht sein muß, sondern nur ein erkennbares Gedankenzeichen, welches das Verbot eigenmächtiger Handlungen bekundet. Soweit dürfen wir die Gewahrsame vergeistigen; aber nicht sie ist die objektive Grundlage des Besitzes.

E. Schatz-Erwerb. Man kann auch einen Schatz finden, der so groß ist, daß man ihn in seine Gewahrsame gar nicht nehmen kann. Soll von diesem Zufall das Recht des Auffinders abhängen? Und gesetzt, der Auffinder würde nicht genau wissen, ob er wirklich ein Recht habe, den Gegenstand mitzunehmen; gesetzt, obrigkeitliche Bestimmungen etwa im Interesse archäologischer Feststellungen verböten diese Wegnahme geradezu — würde hier nicht ein Zeichen genügen?

F. Finden wird zur negotiorum gestio durch Aufnahme des Objectes. Aber auch ohne das Object aufzunehmen, kann man für den Verlierer negotia geriren.

G. Eigenthumserwerb durch Tradition. Hier zeigt sich die verhängnißvolle Wirkung des Festhaltens am Materiellen. E.B.G.B. 874 spricht von einem unter Uebergabe der Sache zu schließenden Vertrag. Bekker will unterscheiden:

1. Vertrag,
2. Uebergabe, richtiger Besitzerwerb.

Man wird aber nie zu einer Vereinigung kommen, wenn man aus dem Einen Zweierlei machen will, welches beides nun doch den Besitzerwerb nicht enthält. Das Maßgebende, was der Traditionsakt enthalten muß, ist doch immer, daß der Tradent hinfort nicht mehr ohne den Willen des Empfängers an die Sache rühren darf. Sein Wille wird gegen den Tradenten maßgebend. Ist der Vertrag, den die Uebergabe vollzieht, nichtig, so ist nur sein Verbotswille maßgebend. Ist der Vertrag, den die Uebergabe vollzieht, giltig, so kann er nicht nur ausschließen, sondern der Tradent ihn auch nicht mehr für positive Nutzungen zur Ver-

antwortung ziehen. Dies alles bezweckt die Tradition. Alle materiellen Akte sind Sicherungs- oder Bekundungsmittel. Auf die die Unfreiheit des Tradenten begründende Willenseinigung kommt Alles an. Das „In die Hand nehmen“ begründet naturalis possessio, neben der das Verschiedenste gewollt sein kann, pignus, Commodat, Depositum, Mandat, Miethe, Pacht, Eigenthum — blos naturalis possessio. Und die naturalis possessio entsteht, wenn das Gegentheil oder Garnichts gewollt ist. Endlich kann die Tradition erfolgen, obwohl der Tradent naturalis possessio behält sog. constitutum possessorium; es kann die Tradition erfolgen, obwohl der Empfänger naturalis possessio schon hat sog. brevi manu traditio. Was bleibt übrig, als die das Willensverhältniß begründende Einigung!

H. Ersitzung. Bekker meint, daß hinfort auf Grund der Gewahrsame die Ersitzung eintreten könne. Ich sehe nicht ein, wie dann nicht ein Banquier, welcher Werthobjekte für einen nach Afrika Reisenden in Verwahrung genommen hat, nach dessen 10-jähriger Abwesenheit, ersessen haben soll. Hierin aber zeigt sich, daß die Gewahrsame an sich gar keine Rechtswirkung hat. Wer lediglich durch seine Rechte eine fremde Sache gegen Zugriff deckt, ist schon deshalb nicht Besitzer. Nicht der Depositar, wie ja der Verwahrer gegen das R. R. heutzutage genannt wird, hat die Eigenmacht Anderer bezüglich der Sache ausgeschlossen, sondern er hat sie bezüglich der schützenden Gegenstände ausgeschlossen.

Würde dagegen der Verwahrer bona fide von dem Hinterleger die Sache als die seine angenommen haben, obwohl der Hinterleger sie nur hat hinterlegen wollen, so würde der Empfänger pro suo ersitzen. Er müßte nur erweisen, daß er sie als die seine in Besitz genommen habe.

Damit ist dem Eigen-Besitz kein Zugeständniß gemacht. Denn der Verwahrer würde die Sache ebenso durch Interdikt vertheidigen können, wenn er dieselbe als Pfandgläubiger in Besitz genommen hätte.

Für die Ersitzung ist zweifellos der Nachweis des Eigenthümer-Willens erforderlich. Und dafür gibt es keinen besseren Nachweis als den Erwerbsakt selbst. Für das Interdikt genügt der Wille zu besitzen, den freilich Jeder am besten dadurch be-

kundet, daß er behauptet, Eigenthümer, Pfandgläubiger, Sequester zu sein.

I. Publizianischer Rechtsschutz cf. das zu H Gesagte.

K. Obligatorischer Besitz-Uebertragungen. Dazu zählt Bekker alle Real-Contrakte. Es genügt, auf das zu verweisen, was oben über das sog. Detentions-Recht gesagt wurde. Ebenso zu

L. Obligatorisch befreiende Besitz-Uebertragungen.

M. Rechts-Verletzung. Wir verweisen auf Detentions-Recht und Retention und betonen nochmals, daß das R.Str.G.B. die vis der lex Julia in verschiedene einzelne Thatbestände zerlegt hat.

II. Wir gelangen nun zum Besitz an Grundstücken. Vieles von dem, was B. hier unter Berufung namentlich auf Bähr auseinandersetzt, wird besser bei der Besprechung von dessen Abhandlungen erwogen werden.

Bezüglich des Immobiliar-Besitzes knüpft Bekker an das oben erwähnte Schema an:

1) fecisse. 2) facere. 3) fuisse. 4) esse.

Er erklärt es für unmöglich, die sämmtlichen anerkannten Rechtsfolgen an einen und denselben Thatbestand anzuknüpfen. Dies ist von seinem Standpunkt aus völlig richtig, da er die oben sub A—H bezeichneten Wirkungen unter Besitzfolgen subsummiert. In Wahrheit aber widerlegt er nur seine gegen das R.R. aufgestellte Behauptung, daß A—H Besitzfolgen seien. Der Thatbestand der Interdicta possessoria im weitesten Sinne ist Verletzung oder Aufhebung des Zustandes, den wir Besitz nennen. Dieser Thatbestand hat allerdings, wie Ihering durchaus richtig hervorgehoben, Bedeutung nur als Mittel zum Zweck. Aber das schließt nicht aus, daß dieses Mittel zum Zweck schon selbst Anerkennung findet, ungeachtet des Zwecks, welchem der Besitz dienen soll. Betrachten wir nun die einzelnen Positionen

A. Einwirken. „Kein Zweifel, daß der Thatbestand in derartigem Thun bestehen kann". Wir verschieben die Erwiderung auf diese Behauptung richtiger auf die Besprechung der Bährschen Abhandlung, weil Bekker ja selbst auf dieselbe verweist (S. 340).

B. Bei befriedetem Besitzthum ist ein Zustand erforderlich. Dieser besteht in der facultas arcendi. Würde Bekker statt des m. W. für den Besitz nicht in Anwendung kommenden Ausdrucks arcere facultas prohibendi angewendet haben, so wäre damit ein

wesentlicher Fortschritt erzielt. Aber die facultas ist es nicht, die in Betracht kommt, sondern potestas. Facultas und potestas wird in den Quellen sehr genau auseinandergehalten; facultas bezeichnet recht eigentlich das, was wir physische Möglichkeit nennen; so ist der Besitzer nicht exhibitionspflichtig, wenn er die facultas nicht hat; denn man vergleiche:

fr. 21 nox act 9, 4: In potestate sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat.

fr. 5 § 6 ad exhib. 10,4: Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga sit servus.

Ich vermag diese Stellen nicht anders zu erklären, als daß ich die facultas als Beziehung zur Sache, die potestas als Beziehung zu den Mitmenschen bezeichne. Die facultas arcendi oder prohibendi aber hat jeder Störer des Besitzes und jeder gewaltsame oder heimliche Okkupant. Die potestas prohibendi hat er nicht, weil er eben die nothwendige Willens-Beziehung zu den Mitmenschen, den Ausschluß, noch nicht hergestellt hat. Und die potestas prohibendi hat der Miether, Pächter nicht aus sich und durch sich, sondern er nimmt die potestas seines Verpächters wahr. Hilft dies nicht, so wendet er sich an diesen, damit derselbe seine potestas bei Gericht vertrete. Und dieses Prinzip, das wir aus Bekkers eigenen Worten herausschälen, gilt für jeden Besitz.

Würde man aber mit Bekker die Besitzmittel an die facultas arcendi anknüpfen, so würde ein Besitzer, in dessen Besitz Jemand in seiner Abwesenheit eingedrungen ist, sei es heimlich, sei es durch Gewalt, kein Interdikt haben. Umgekehrt würde wieder jeder Eindringling das Interdikt haben, da er die facultas arcendi offenbar hat.

Der Zustand, den Bekker beim befriedeten Besitzthum sucht, ist in Wahrheit der Friede selber oder das Umfriedetsein. Beides ist mit Besitz und naturalis possessio identisch.

Damit erledigt sich auch

C. das animo retinere possessionem.

Bekker weist auf Grund einer Mittheilung von Gradenwitz, dessen bis in's Kleinste gehende Kenntniß des Corpus Juris ein äußerst werthvoller Besitz ist, darauf hin, daß der Ausdruck animo retinere possessionem „nur“ sechsmal im Corpus juris vorkommt.

Wichtige Sätze kommen im Corpus Juris nur einmal vor. Aber ein einziger Satz genügt, weil er unbedingt nothwendig ist. Denn wie sollte eine auf dem Besitzschutz begründete Rechtsordnung überhaupt noch denkbar sein, wenn jede hinter dem Rücken des Besitzers vorgenommene Okkupation ein an sich zu schützender Zustand wäre?

D. Besitz-Uebergabe. Daß für diese der Besitz des Tradenten ein nothwendiges Thatbestandsstück ist, ist nicht zu leugnen. Bekker will daraus folgern, daß der reine Consens nicht den Besitz-Uebergang bewirken kann. Denn wenn ein Nichtbesitzer einem andern Nichtbesitzer übergeben will, so erwirbt dadurch der Letztere nicht Besitz.

Schon auf den ersten Blick folgt daraus nichts für die Beziehung zur Sache, für die facultas arcendi. Denn selbst, wenn sich die Parteien auf dem Grundstücke befinden, so geht der Besitz nicht auf den Empfänger über. Denn weder Tradent noch Empfänger haben sich mit dem Willen des Besitzers abgefunden.

Die facultas prohibendi kann der Pseudotradent dem Empfänger übertragen, nicht aber die potestas prohibendi. Daß man nicht Besitzer ist, obwohl man es annimmt und sich sogar auf dem Grundstück befindet, beweist fr. 34 Dig. poss., welche Stelle ich in meinem Buch über den Besitz S. 105 erklärt habe. Ist daher der Empfänger in Unkenntnis, daß der Tradent heimlicher, gewaltsamer, unwissender (absente domino!) Okkupant gewesen, so ist auch er über die Sachlage im Irrthum. Er ist nicht Besitzer. Glaubt er sich dem nunmehr wiederkehrenden Besitzer gegenüber zur Nothwehr berechtigt, so ist er im Irrthum und wird entschuldigt (Str.G.B. § 59). Bewegt er aber den Besitzer mit Gewalt zur Aufgabe, so wird er Besitzer; denn er hat nunmehr diesen ausgeschlossen; er wird aber trotz guten Glaubens fehlerhafter Besitzer.

Was ferner die Stellung des Besitzes zum Grundbuchrecht betrifft, so übergehen wir diese Frage, da sie einer eingehenderen Erörterung bedürfte, als hier möglich ist.

Was endlich den Rechts-Besitz betrifft, so wäre vor Allem die Frage in Erwägung zu ziehen, weshalb die Römer, welche kein Wort umsonst gebrauchen, häufig von quasi possessio sprechen,

warum denn Paulus bei der Wege-Servitut die certa continuaque possessio bestreitet.

Der erste wesentliche Gegensatz besteht bei allem Real-Servitutenbesitz in der Abhängigkeit von dem Besitz des herrschenden Grundstücks.

Dann aber unterscheiden sich die positiven Servituten, welche keine Anstalts-Servituten sind, dadurch, daß ihr Gegenstand gegenständlich nur in der Ausübung wird. Auch hier könnte man zwar andere gegenständliche Momente finden: der Weg kann durchaus sichtbar vorhanden sein. Allein aus dem Wege müßte zu erkennen sein, daß er speziell für das betr. Grundstück bestimmt ist. Dies wird bei zahlreichen Wegen, Triften u. d. nicht der Fall sein.

Die eigentliche Gegenständlichkeit liegt aber in der Ausübung des Rechts-Inhalts. Das Objekt ist nur dann und solange als selbständiges vorhanden, als ausgeübt wird. Da wo vollends die Ausübung keine äußere Spur hinterläßt und keine Veranstaltung vorliegt, ist sie das einzig Erkennbare. Die einzelne Ausübung bedeutet aber Nichts. Wie leicht kann sie vi clam precario vorgenommen sein! Bei einer einzelnen Ausübung wird die Präsumtion sogar für die Vitiosität sprechen.

Die Ausübung ist ferner aber gar kein Zustand, sondern eine Reihe von selbständigen Ereignissen. Sie ist endlich an sich nichts Rechts-Erzeugendes. Im Gegentheil. Vom Standpunkte des Subjektes aus bleibt Unrecht stets Unrecht; die Wiederholung vermehrt dasselbe; illegale Handlungen werden durch Wiederholung strafbar (gewohnheitsmäßige Kuppelei).

Ganz anders, wenn wir den Standpunkt der durch die Handlungen Betroffenen und ihr Verhalten diesen Handlungen gegenüber betrachten.

Das Fehlen jeder Reaction gegen die Handlungen giebt die Vermuthung, daß kein Recht und kein Anspruch diesen Handlungen entgegenstehe. Das Nicht-Reagieren gegen die Ausübung ist zwar nicht Anerkennung, aber auch kein Bestreiten des Rechts. Ist dies Nichtgeltendmachen des Gegenrechts einmal vorgefallen, so giebt es für das Fehlen des Rechts keine Vermuthung; ist aber trotz wiederholter Ausübung kein Widerspruch erhoben, so entsteht allerdings eine Vermuthung, daß der Betroffene sich darein finde oder Nichts dagegen geltend machen könne. Das Zuständliche besteht daher

auch bei den positiven Servituten nicht in der Beziehung zu der Sache, nicht in der Zweckbeziehung, nicht in der Ausübung, sondern in der Beziehung zu den Betroffenen (cf. das zu Bähr Nr. 22 Gesagte); und zwar hier nur in einer Beweisrechts-Beziehung.

Noch deutlicher ist dies bei den negativen Real-Servituten. Hier ist, wie Bekker ja auch zugesteht, das objektive Element rein jener negative Zustand: das Fehlen gegentheiliger Veranstaltung.

Nehmen wir hierzu die servitus tignus immittendi und setzen, der Berechtigte habe zwecks Reparatur das Gebälk aus der Mauer des Nachbarn herausgenommen, so ist die dadurch entstandene Lücke der plastischste Ausdruck des objektiven Besitzthatbestandes.

Dementsprechend ist auch der animus. Die Uebungsabsicht wird aber deswegen verlangt, weil ein Pfand an Real-Servituten nicht giltig ist.

Da Bekker bei Betrachtung des animus auf meine Interpretation von fr. 25 quem. serv. 8, 6 nicht aufmerksam geworden (S. 118), so will ich sie hier noch einmal herstellen: „Besitzer ist nicht der, welcher mit Erlaubnis des Besitzers eine Sache gebrauchen will oder eine Sache als res omnium communis gebrauchen will.“ Das beweist die Fortsetzung der Stelle: ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

Wenn Bekker endlich bei den Haus-Servituten einen Willen vermißt, so kommt es eben darauf an, wie weit jener Wille spezialisiert sein muß und welchen Inhalt er haben muß. Brinz sagt zwar (Pandekten I § 135 Absatz 4) speziell in Beziehung auf den Besitz: „Nicht jeder Knabe, der mit dem Schwert umgürtet ist, vermag es auch zu schwingen, jung Siegfrieds Muth und Kraft gehören auch dazu.“

Das Verständnis des Werthes der Sache gehört jedoch nicht zum Besitz und ebenso nicht die Sach- und Fachkenntnis, welche die Künste und den Mechanismus zu erklären versteht eben davon macht das Recht Nichts abhängig; sondern es kommt auf den Willen den Mitmenschen gegenüber an und dieser ist Wille des Ausschlusses, Wille der Nichtvornahme solcher Handlungen, welche die salva rei substantia bedrohen.

§ 6. Kuntze.

Am conservativsten ist Kuntze der Savignyschen Besitzlehre gegenüber, wiewohl gerade er in seinen Kursen und Exkursen den Weg der Reformen einzuschlagen schien (Kuntze, Zur Besitzlehre, für und wider Ihering. Leipzig 1890). Ich knüpfe meine Betrachtungen an an seine Grundlinien der Besitztheorie.

A. Begriffliche Entwickelung.

1. „Besitz ist seinem Grundbegriff nach eine Thatsache, ein thatsächliches Verhältnis, nicht ein Recht oder Rechts-Verhältnis."

Mit dieser Meinung bin ich voll einverstanden. Eine praktische Schwierigkeit ist bei dieser Erkenntnis nur durch die Frage gegeben, wann ein Besitz-Prozeß der Revision unterliege. Die Antwort müssen wir billig dem Prozeßrecht überlassen. Ich sehe jedoch, daß Kuntze (S. 29) mich mißversteht und annimmt, daß ich schon im Besitz ein Recht erblicke. Dies folgert Kuntze mit Unrecht aus meiner Ansicht, daß der Besitz eine Beziehung zu den Mitmenschen sei. Denn sehr wohl kann ich einen Menschen zu einem Verhalten bringen, ohne daß ich ein endgiltiges Recht habe, daß er sich so verhalte.

2. „Der Besitz ist ein Element des Eigenthums". Dies bestreite ich, indem ich das Recht zu besitzen als ein Element des Eigenthums ansehe. Doch ist auch dieser Punkt für unsere Frage von keiner Tragweite.

3. Besitz ist ein Willens-Verhältnis der Person zur Sache. Diesem Punkte gilt meine ganze Bestreitung.

4. „Der Besitzwille ist Aneignungswille". Dieser Satz ist die durchaus nothwendige Consequenz des Satzes 3 und Kuntze ist der Einzige, welcher diesen Schluß energisch zieht.

Ich bestreite ihn in einer dreifachen Beziehung.

a) er ist nicht Aneignungswille als ein auf die Sache bezogener Wille. Ganz nothwendig zwar folgt dies aus Kuntzes Auffassung der sog. Corpus. Denn ist das objektive Verhältnis Herrschaft über die Sache, Beziehung zu der Sache, so muß der Wille auch diese Beziehung zum Inhalte haben. Wir aber gehen von dem Standpunkte aus, daß die Herrschaft über die Sachen gegeben ist, daß aber die Macht oder Herrschaft über die Mitmenschen, verbunden mit dem Willen, diese Macht zu haben, erst das den Besitz bildende ist.

b) Er ist auch bezüglich des weiteren Zwecks nicht Aneignungs-Wille, weil er auch Pfand und Anderes bezwecken kann.

c) Er kann den Besitz selbst zum Zwecke nehmen: animus pro possessore possidendi.

d) Ein vierter Punkt ist nur beiläufig zu erwähnen; der animus possidendi beim Besitz-Erwerb wird zur affectio, indem das erfolgte Resultat nun seine Wirkung auf das innere Sein des besitzenden Individuums ausübt.

5. „Der Aneignungswille reicht nicht aus, er muß zum objectiven selbständigen Dasein kommen, um sich in Besitz zu verwandeln. Der Besitz ist ein von der Person ausgehendes Band, welches Person und Sache umschlingt."

Ich gehe von der Meinung aus, daß das, was die Sache bedeckt, die Persönlichkeit ist, aber diese hat sich nicht an der Sache bethätigt, sondern den Mitmenschen gegenüber durch das Verbot, den Ausschluß. Das Bedecken der Sache durch die Persönlichkeit fasse ich bildlich auf.

6. Der Besitz hat eine positive und eine negative Seite.

Ich gehe davon aus, daß allerdings der positive Wille, der sowohl Aneignungs- als auch andere Zwecke haben kann, der Ausgangspunkt, die Entstehungsursache des Besitzes ist. Um diesen verschiedenen Zwecken Verwirklichung zu geben, äußern sich aber Aneignungs-, Pfand-, Sequester-Zweck im Besitz-Erwerb völlig congruent. Und an diesen Thatbestand hält sich der Richter. Dieser Thatbestand enthält aber nicht den positiven Zweck, sondern nur den Ausschlußzweck.

7. „Beide Erfordernisse sind mit der Zeit liberaler gefaßt worden."

Ich sehe in dem Physischen des Bethätigungs-Aktes nicht das den Besitz Substantiirende, weil dasselbe vorübergehend und verschwindend ist, während der Besitz fortdauert.

8. „Welche äußeren Thatsachen zur Besitz-Begründung und welche zur Besitz-Verneinung geeignet sind, ist nicht nach logischen Kriterien, sondern in Gemäßheit der Verkehrs-Anschauung zu beurtheilen, welche sich nach Gegend und Zeit wandelt."

Wäre dies im Sinne Kuntzes richtig, so wäre der Besitz etwas nach Zeit und Ort Wandelbares. In unserem Sinne ist es richtig, weil wir in den äußern Thatsachen nur die Mittel er-

blicken, entweder physisch abzuwehren oder geistig zu bannen. Die geistigen Bann=Mittel, die Symbole, wechseln zweifellos nach Zeit und Ort, ja jeder Geschäftskreis erfindet solche Symbole. Die Wirkung aber, der Ausschluß, bleibt immer dieselbe.

9. „Das positive Erfordernis kann auch in der Person eines Stellvertreters Verwirklichung finden."

Und doch soll gerade das positive Erfordernis die Verkörperung des Aneignungswillens sein, wodurch die Sache an die Person als die allein entscheidende Macht geknüpft wird? Hier mühe ich mich vergeblich ab, eine Erklärung zu finden (cf. Nr. 6 a S. 119).

Meiner Meinung nach ist Stellvertretung im Besitz nur dann möglich, wenn es sich um die Ausschluß=Macht den Mitmenschen gegenüber handelt. Ich kann mir denken, daß eine Person sich aneignet, mit der Absicht, die Sache später zu übereignen. Prak=tisch hat sie dann nur Besitzwillen. Ihre weitere Absicht veran=laßt sie, von ihrem Eigenthum keinen Gebrauch zu machen. So erklärt es sich, daß Jemand im Auftrag eines Anderen Eigenthum erwirbt, um es dann an ihn zu übereignen. In Wirklichkeit ist hier kein anderes Verhältnis vorhanden, als wenn ein Kaufmann eine Sache verkauft hat, die er noch gar nicht gekauft hat. Kauft er sie, so ist er nicht weniger Eigenthümer als der Mandatar. Aber Kauf und Mandat verpflichten ihn zur Uebereignung. Hier liegt, wie ich mit Kuntze (S. 8 ff. S. 120) annehme, kein Stell=vertretungs=Verhältnis vor. Denn sonst müßten die tausend Hände, durch welche der Thee geht, den ich mir aus China bestelle, alle meine Stellvertreter sein; der ganze Verkehr würde sich in Stellvertretung auflösen. Daß das Mandat umsonst ausgeführt wird, verschiebt diese Frage nicht, es sei denn daß der Mandatar in meinem Namen die Geschäfte schließt.

Zweifelhafter ist von einer anderen Seite her die negotiorum gestio. Sie ist eine Noth=Vertretung nicht blos im Handeln, sondern im Wollen, die man auf eine Stufe mit der Vormund=schaft stellen könnte. Denn ihre Kraft nimmt sie nicht aus dem Willen des Beholfenen, sondern aus der Rechtsordnung selbst, ob=wohl sie in eine fremde Rechtssphäre eingreift. Die Frage daher, ob der negotiorum gestor Besitzer ist, muß ich verneinen. Er erwirbt Besitz nomine des Herrn. Denn die Rechtsordnung giebt,

wie sie Vormünder bestellt, jedem Bürger die Vollmacht, den Mitmenschen im Falle der Noth auch im Willen zu vertreten.

Complizierter wird die Frage beim Finder. Ich stehe nach wie vor auf dem Standpunkte, der Finder sei neg. gestor. Nur von diesem Gesichtspunkte aus lassen sich die complizierten Fälle beim Finden erledigen.*)

Vor Allem ist die diligentia diligentis patris-familias in der Entscheidung zu verlangen, ob man überhaupt gut thut, die Sache nicht liegen zu lassen, statt sie durch übereilte Hilfeleistung zu verschleppen; dann, ob die Sache es auch werth sei, negotiorum gestio zu üben u. dgl.

Daneben geht die Berechtigung zu eventueller Aneignung und diese Berechtigung nähert die Rechtsstellung des Finders der eines Faust-Pfandgläubigers, dem das Recht eingeräumt ist, die Sache sich selbst zuzuschlagen.

Ich war daher der Meinung, daß dem Finder das Interdikt suo nomine zu gewähren sei (Besitz S. 148), bin aber von dieser Meinung zurückgekommen. Denn die Diligenzpflicht des Finders erheischt es, stets Dritten gegenüber als negotiorum gestor des Verlierers aufzutreten, weil nur dadurch dem Verlierer die Möglichkeit gegeben wird, zu seiner Sache zu kommen. Würde er suo nomine besitzen, so hätte er keine Auskunft zu geben. Und dies wäre bei leicht zu verwechselnden Sachen ein großer Mißstand. Der negotiorum gestor ist daher naturalis oder corporalis possessor.

---

*) Anmerkung! Ich muß hiebei bekennen, daß ich die Art, wie man in neuester Zeit das „Finden" juristisch behandelt, für verwerflich halte. So vor Allem Strohal, Iherings Jahrbücher 30. Band, II, 2. Der Grund dieser Behandlung liegt m. E. in einer Verwechselung des „Findens" eines thesaurus und des „Findens" von verlorenen Sachen. Läßt man die Grundsätze Strohals gelten, so wird sich das Finden zu einer Art Bauernfängerei ausbilden, das geradezu gewerbsmäßig betrieben wird. Will man nicht negotiorum gestio anerkennen, so sollte man doch diesen Finderlohn, der nicht Fundlohn ist, nach der aufgewandten Mühe, nicht nach dem Werth des Objekts bestimmen. Sonst werden die werthvollsten Objekte fortwährend gefunden werden. Die Beispiele, welche Strohal anführt, beweisen genug. Einem modernen Recht ziemt es schlecht, einen Lohn dafür zu bestimmen, daß der Finder kein „Dieb" ist. Einen Anreiz zur Ehrlichkeit kann der Verlierer selbst durch Auslobung eines Lohnes geben.

Wie man nun die Frage über die Stellung des neg. gestor und Finders beantwortet, die Besitzlehre tangiert sich eigentlich nicht. Das Schwierige liegt im Problem der neg. gestio als einer Vertretung im Willen selbst, nicht bloß in der That. Bei keiner Vertretung aber ist eine Vertretung im Aneignungs-Willen möglich, sondern der Vertreter vollzieht die That entweder für die Zwecke des Auftrag-Gebers oder er eignet sich selbst an, weil er nur so dem Mandanten zueignen kann.

10. „Wer das corpus hat und seinen Besitzwillen behauptet, gerirt sich eben damit als Besitzer und ist als solcher anzusehen."

Es kommt lediglich darauf an, was man unter corpus versteht. Versteht man darunter naturalis possessio, so ist die Präsumtion dem R. R. fremd. Das folgt aus der Duplizität der Interdicta retinendae possessionis, bei welchen beide Parteien Kläger und Beklagter waren. Es folgt aber auch daraus, daß beim Interdictum Utrubi die Zeit entschied. Sie also gab die Präsumtion.

Ich trete aber Kuntze darin bei, daß regelmäßig von dem corpus auf den animus geschlossen werden muß (S. 88), insoweit sich jenes in der Besitzerwerbshandlung äußert. Mit der Annahme der Identität von Wille und That, mit der Verkörperung des Willens in der That aber ist das Problem nicht gelöst, weil eben dieselbe That den verschiedensten Willen verkörpern kann und weil die sinnliche Wahrnehmbarkeit der That in vielen Fällen eine sehr prekäre ist. Auch in der Besitzlehre müssen wir uns dahin bescheiden, den Gegensatz von formaler und materieller Wahrheit anzuerkennen. Dagegen wird uns keine Präsumtion schützen; eine gesetzliche Präsumtion könnte dem Richter nur die Aufklärung der materiellen Wahrheit erschweren.

11. Ich trete auch darin Kuntze bei, daß den Besitz-Willen hat
a) der wahre Eigenthümer,
b) der eingebildete Eigenthümer,
c) der verstellte "

Aber eben diese Thatsache beweist, daß auf den Eigenthums-Willen im Besitz-Prozeß Nichts ankommt; weshalb denn auch der wahre, der eingebildete und der verstellte Faustpfandgläubiger den zum Interdikt erforderlichen Willen hat. Sein Irrthum und seine Verstellung können ihm im Eigenthums-Prozeß übel bekommen. Kann aber der Gegner sein Recht nicht nachweisen, so

wäre es ungerecht, ihm den Besitz zuzusprechen. Der allgemeinen Gerechtigkeit ist genügt, indem der Besitzer dem wahren Eigenthümer noch immer Recht geben muß.

12. Damit ist auch auf Punkt 12 die Antwort gegeben.

B. Künstliche Um- und Ausbildung.

Punkt 1 — 2 ist zuzugeben.

3. Ob der Besitz einen Werth habe und welchen, ist eine sehr schwierige Frage. Daß C. P. O. § 6 den Sachwerth für die Zuständigkeit entscheiden läßt, ist vollkommen richtig, weil die Besitz-Entscheidung Vor-Entscheidung für das End-Urtheil des Causalstreites ist. Bezüglich der Gerichtskosten wäre es wohl richtiger gewesen, wenn G. K. G. die Gebühr des § 25 wie für Urkunden- und Wechsel-Prozeß auch für den Besitz-Prozeß eingeführt hätte, wenn nicht sogar eine geringere Gebühr.

4. wird zugegeben.

5. Der abgeleitete Besitz dagegen wird verworfen, weil er
   a) nicht abgeleitet, sondern selbständig ist, er ist selbständiges possidere pro alieno (siehe obiges Schema),
   b) weil ihm der Besitz-Wille nicht fehlt, wie oben hervorgehoben ist; der pro alieno possidens will einen selbständigen Ausschlußzustand wahren;
   c) weil im Gegensatz zum possidere alieno nomine der objektive Besitz-Thatbestand vorhanden ist,
   d) weil die Zweckmäßigkeit keinen Ausschlag zu geben imstande ist, indem doch erst aus der konkreten Sachlage entnommen wird, ob etwas zweckmäßig ist; also zunächst doch der Thatbestand zu prüfen ist.

6. Der Satz plurimum ex iure mutuatur possessio wird zugegeben. Der wesentliche Inhalt des Satzes ist, daß nur solche Personen Besitz erwerben und daß nur solche Sachen zu Besitz erworben werden können, welche rechtsfähig sind.

7. Daß Besitz und Eigenthum zusammen gehören ist deshalb richtig, weil im Grunde der ganze Güterrechts-Verkehr auf den Erwerb von Eigenthum (oder dinglichem Recht) hinausläuft.

§. 7. O. Bähr.

In scharfen Gegensatz zu der herrschenden Meinung, stellt sich O. Bähr. Er hält die Römische Besitzlehre für überwunden,

nimmt an, daß wesentliche Grundsätze durch das Justinianische Recht bereits durchbrochen seien und versucht eine Neuregelung der Inhabungs-Verhältnisse auf Grund des Satzes: Eigenmacht ist im geordneten Staate verboten. (S. 257.)

Als Eigenmacht bezeichnet er: Eingreifen in die Rechtssphäre eines Andern zur Erlangung von etwas, worauf man berechtigt zu sein glaubt.

Sollen wir uns nicht in Bildern bewegen, so heißt das: Um ein vermeintliches Recht wahrzunehmen oder dessen Wahrnehmung zu erzwingen, darf ich nicht Rechte Anderer verletzen.

Ganz abgesehen von der Richtigkeit dieses Satzes ist doch immer noch die Frage nicht beantwortet: Ob bei einer Verletzung fremder Rechte zur Wahrnehmung behaupteter eigner Rechte eben aus dieser Verletzung ein Restitutions-Anspruch erwächst, und zwar nur aus dieser Verletzung, ohne Prüfung, ob ein Recht vorhanden sei. Dies, meine ich, ist erst Besitzschutz. Alles Andere kann man mit Ihering unechten Besitzschutz nennen, sammelt aber damit Heterogenes unter einem Begriff zusammen.

An der Hand von Bährs Abhandlung (Iherings-Jahrbücher Band 26 N. 5. Band 14 Nro. VI) können wir diese Frage nicht prüfen. Denn Bähr will „keine umfassende Besitzlehre geben, vielmehr nur eine Summe praktischer Anschauung zur Geltung bringen."

Wir schulden ihm dafür den größten Dank; denn wir bekennen, daß die Lektüre dieses Aufsatzes unsere Anschauungen wesentlich vertieft hat.

I.

„Der Mensch, welcher für sein Dasein auf die Benützung der ihn umgebenden Natur angewiesen ist, hat hierbei einen doppelten Kampf zu kämpfen: einen Kampf mit der Natur selbst, und einen Kampf mit seinem auf gleiche Benützung der Natur angewiesenen Mitmenschen."

Nicht besser und klarer kann man die Besitzlehre fundieren, als mit diesem Satz. An diesen aber müßte sich nun zweifellos die Untersuchung knüpfen, welcher von beiden Kämpfen denn nun eigentlich für den Besitz in Betracht komme.

M. E. kann die Rechtsordnung den Menschen im Kampf mit der Natur nicht unterstützen. Wesen und Zweck der Rechtsordnung ist es vielmehr, die Konkurrenz mit dem Mitmenschen zu

regeln. In dieser Regelung der Konkurrenz ist nun nicht der Satz: Eigenmacht ist verboten, wesentlich. Denn was ist hier die Eigenmacht? Sondern Friede zwischen den Menschen kann nur dann bestehen, wenn die Mitmenschen jedem Verbot, welches ein Anderer bereits durchgesetzt hat, Gehorsam leisten. Dieses Verbot gewinnt seine Kraft eben aus der Erkenntniß, daß nur so zwischen den Menschen Friede bestehen kann.

Nicht zu leugnen ist ja, daß dieses Verbot durch die Gesammtheit wieder aufgehoben werden kann; aber eben so unleugbar ist, daß bei willkürlichem Ungehorsam gegen dieses Verbot ein Frieden undenkbar ist.

Bähr dagegen geht von der Herrschaft der individuellen Person an der individuellen Sache aus. Grundlage des Besitzes ist ihm die der Natur abgerungene Herrschaft. (S. 225.)

Ich erwidere darauf, daß alle Menschen an der Außenwelt die gleich starke und gleich geringe Herrschaft haben und daß es nur darauf ankommt, wer angesichts dieser Herrschaft den Andern gebannt hat.

Denn die Produktion des Gutes ist an sich nie Besitz-Erwerb. Sie erfolgt:

a) durch Erfindung und Auffindung. Der Erfinder und Auffinder aber, welcher in fremdem Dienste thätig ist, erwirbt nicht Besitz, sondern sein Dienstherr,

b) durch Abtrennung als selbständige Sache. Sie ist nicht Besitz-Erwerb. Denn der Berg-Arbeiter erwirbt die Mineralien, die er haut, nicht zu Besitz.

c) durch Erlegung und Jagd. Der Förster erwirbt für den Jagdeigenthümer. Und bezüglich freier Konkurrenz gilt der Satz f. 55 Dig. 41, 1: Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus faetus sit.

d) Zähmung ist die einzige Art der Occupation, welche mit dem Besitz-Erwerb verbunden zu sein pflegt. Aber weshalb? Offenbar deshalb, weil es sich hier um eine Einwirkung auf die Thierseele handelt. Wo indeß Thiere nur an das Haus gewöhnt werden, ist der Besitz-Erwerb durchaus problematisch.

II.

Für die Herrschaft ist erforderlich „ein Wollen und ein Können", welches sich zunächst nur der Sache gegenüber zu erweisen hat (S. 227).

Ich bestreite dies. Denn das Wollen und Können würde Sach- und Fachkenntnisse erfordern, von denen man den Besitz durchaus nicht abhängig machen kann. Bei Erfindungen führt allerdings Sach- und Fachkenntnis zum Finden. Das der naturalis possessio entsprechende Verhältnis des Nichtkönnens Anderer wird durch ihre Unkenntnis hervorgerufen, sowie beim verborgenen Schatz durch das Nichtwissen. Diese naturalis possessio wird zur civilis possessio, indem der Erfinder nicht mehr das nichtwissen Anderer zum Ausschluß benutzt, sondern ein Verbot der Verwerthung. Dieses Verbot nimmt er als Preis dafür, daß er die Erfindung aufdeckt.

Was aber das Können betrifft, so ist es zwar (aus ganz heterogenen Gesichtspunkten) richtig, daß ich einen Strom nicht besitzen kann; wohl aber kann ich einen Bach besitzen. Vom Standpunkte der realen Herrschaft aus ist dies ganz unerklärlich (S. 227). Ich kann aber einen Bach deshalb besitzen, weil ich ein Verbot eigenmächtigen Fischens, Krebsens, Schiffens, Wasserschöpfens und dergl. erwirken kann. — Ebenso kann ich einen Wald inforestieren und ihn so zum Bannforst machen, soweit dies nicht Regel oder öffentliches Recht ist, was jedoch meist der Fall ist.

Was endlich das leider so oft wiederholte Beispiel von Robinson betrifft, so ist zuzugeben, daß da, wo keine Konkurrenz droht, das Nutzungs-Interesse das Besitz-Interesse überwiegt. So entsteht aus dem Usus die possessio.

III.

„Die Thatsache der Herrschaft über die Sache trägt die Kraft in sich", den Mangel physischer Kraft zu ersetzen.

1. Die Herrschaft an der Sache ist weiter Nichts als eine räumliche Nähe oder ein Begehren der Sache angesichts der Möglichkeit, dem Begehren Befriedigung zu geben. Beides trägt keine solche Kraft in sich. Denn der Inhaber muß sich selbst vertheidigen. Das Begehren ist deshalb einflußlos, weil sich tausend Andere in dem gleichen Seelenzustande befinden können.

2. Das Recht ersetzt nicht die physische Kraft, sondern autorisirt sie entweder oder kommt dann zu Hilfe, wenn die physische Kraft gebrochen ist. Wann und warum thut sie dies? Dann und deshalb, weil der Besitzer die Konkurrenz ausgeschlossen hat.

3. Ganz abgesehen von irgendwelcher physischen Macht über die Sache und jeder räumlichen Nähe ist entscheidend die Herrschaft über den Willen der Mitmenschen. Deshalb wird an einem vergrabenen Schatz Besitz erworben solo animo. Deshalb kann an unzugänglichem Terrain Besitz erworben werden, obwohl das Hindernis zur Zeit besteht.

Bähr will seine Auffassung historisch beweisen und er stellt die Sätze auf (S. 234): „Eigenthum (das absolute und definitive Recht der Herrschaft an einer Sache) kommt demjenigen zu, welcher entweder ersten Besitz, oder einen bestimmt qualifizirten langdauernden Besitz an der Sache nachweist." Dies ist zuzugeben aber zu fragen ist: Was ist hier Besitz?

Zum ersten Besitz: Ein Nomade hält sich längere Zeit an einem Orte auf, baut Hütten und wohnt daselbst, verläßt aber dann den Platz wieder; ein Afrika-Reisender durchwandert unbewohnte Strecken und schaltet überall als Herr. Sind diese Personen, obwohl sie zuerst die Herrschaft über die Sachen hergestellt haben, für alle Zeiten Besitzer und Eigenthümer geworden? Die Geschichte beweist das Gegentheil. Sie sind während ihres Aufenthaltes naturales possessores und tragen diese nat. possessio von Ort zu Ort, weil sie ihr Gefolge, ihre Person mit sich herumführen und so die Wehr von Ort zu Ort bringen.

Zum langdauernden Besitz. Auch hier ist der Besitz nicht Herrschaft und Ausübung, sondern Ausschluß. Aber noch einen andern Besitz gilt es hier zu erwähnen: Namentlich bei ersten Occupationen eines unbewohnten Landes denkt man nicht an Ausschluß, sondern nur an Nutzungen; erst allmählich entsteht die Konkurrenz und die Gefahr der Störung. Zweifellos nun will der Occupant den Ausschluß. Aber er hat ihn vielleicht nicht genügend bekundet. Auch hier tritt speziell für den untitulirten Besitz ein Verjährungs-Prinzip in Kraft. Langes Nichtwidersprechen ersetzt den Ausschluß-Akt des Besitzers: Utramque autem ita demum esse legitimam, cum adversariorum silentio ac tacitur-

nitate firmetur. So entsteht die ächte Gewere, die usus auctoritas; insbesondere der Servituten-Besitz.

IV.

Können wir hier übergehen. So klar und durchsichtig in dieser formvollendeten Darstellung auch alles erscheint, wesentliche Bedenken bleiben bestehen. Für welche Art Sachen die Publiciana zuerst gegeben wurde, ist nicht bestimmt zu behaupten. Namentlich ist fraglich, ob dieselbe nicht bei solchen Grundstücken entstanden ist, bezüglich deren ein durch Jahrhunderte langer Streit zwischen dem Römischen Gemeinwesen und den possessores darüber bestand, ob dieselben nicht ager publicus und deshalb unbesitzbar seien.

V.

Die Entstehung des Besitz-Schutzes erklärt Bähr folgendermaßen: „Wenn es möglich war, daß jeder den andern gewaltsam dejiziren konnte, sollte nun die Entscheidung, wer Besitzer sei und wer umgekehrt, um die Sache dauernd zu gewinnen, ein qualifizirtes besseres Recht zu beweisen habe, lediglich davon abhängen, wer in dem Augenblick, wo sich beide Besitz-Ansprecher begegneten, durch die Kraft der Faust Sieger blieb?“ (S. 240 f.)

Allein ganz so einfach liegt die Sache mit dem Interdictum retinendae possessionis doch nicht. Denn daneben steht doch noch das Interdictum de vi bei Dejection von Grundstücken. Das Interdikt hat einen viel weiter gehenden Thatbestand. Nehmen wir z. B. den Fall, es habe Jemand von dem A. ein Grundstück gepachtet und es komme ihm bei, sich als Besitzer zu gerieren. Das ist ein echter Fall des Interdictum Uti possidetis. Der Verpächter braucht nur nachzuweisen, daß er dem A. das Grundstück verpachtet und der A. von Ihm gepachtet habe. Damit hat er bewiesen, daß er ihm gegenüber der Besitzer ist. Denn er hat ihm gestattet, in seinem Besitze sich aufzuhalten. Daraus folgt nicht, daß der Inhaber Besitzrecht habe, sondern es handelt sich hier, wie bei jedem Prozeß, um den Gegensatz von formaler und materieller Wahrheit, indem das, was nicht bestritten ist, angenommen wird.

VI.

Um seine Ansicht in Beziehung auf Grundstücke zu illustrieren, erzählt Bähr einen sehr complizierten Fall, auf dessen Darstellung

ich hiemit verweise: S. 243. Das erste Urtheil, welches ich in dieser Sache geben möchte, wäre das, daß ich erkläre: Der Fall liegt so clausuliert, daß ein Urtheil geradezu als Risico erscheint. Wie half sich aber in diesem Falle der Prätor: „Wie Ihr jetzt das betr. Grundstück besitzt und zwar ohne Gewalt, ohne Hintergehung gegeneinander oder widerrufliche Einwilligung von einander, so sollt Ihr es besitzen und ich verbiete dagegen die Gewalt."

Die Folge davon wäre, daß jeder, welcher dem Andern in der Nutzung zuvorkommt, nicht mehr behindert werden darf; — denn keiner besitzt. Stoßen beide aufeinander, so überwiegt das Verbot, wenn sie sich nicht verständigen.

Jeder hat das Grundstück als ein frei okkupierbares behandelt, keiner aber hat den Andern ausgeschlossen. Und so muß es auch weiter gehen. Selbst Dritten gegenüber haben sie nicht plus juris erworben. Das Land ist immer noch res nullius, wenn nicht Gemeinde-Rechte an demselben bestehen.

Anders bezüglich des abgemähten Grases. Hier bedurfte es keines besonderen Custodia-Aktes, weil Jeder den Ausschlußwillen erkennen kann. B. hat daher den Besitz an dem Gras clam gegen den A. erworben.

Im Übrigen aber will ich nicht verhehlen, daß die Thatsache, daß die beiden Konkurrenten, obwohl sie doch einen so energischen Aneignungs-Willen bekunden, nie aufeinanderstoßen, der Vermuthung Raum giebt, daß es sich um Erschleichung gegen die Rechte Dritter, vielleicht gegen die Gemeinde handelt.

Was aber den ursprünglichen Schutz des Mobiliarbesitzes durch Interdictum Utrubi betrifft, so hatte die Annahme, das Interdictum Utrubi sei nur für die „sehr beweglichen Sklaven" in dem überlieferten Wortlaut gegeben werden, ihrer Einfachheit wegen etwas sehr Bestrickenden für mich. Allein diese Ansicht ist zu grob-praktisch, um richtig zu sein. Den Beweis, daß das Interdictum Utrubi für alle Mobilien gegeben wurde, giebt: Fr. Vat. § 293; . . . . rerum autem mobilium sive moventium, si excepti non fuistis, quae mancipi sunt usu capta vel mancipata. post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa, avocari non possunt; nec mancipi vero traditione facta propter eiusdem interdicti potestatem similis possessionis probatio necessaria est.

Hierin liegt die Widerlegung der Bährschen Annahme und zugleich die Erklärung des Interdikts. Das Interdictum utrubi gab, weil gerade der Akt der Übergabe ein sehr unsicheres Anzeichen für den Willen der Parteien ist, formale Beweisregeln. Die Länge der Zeit entschied über Frage, wer Besitzer sei: similis possessionis probatio. Als aber das Interdictum Utrubi im Uti possidetis aufging, entschied nicht etwa die naturalis possessio und von einer Präsumtion weiß das Corpus Juris Nichts; sondern es entschied das freie richterliche Ermessen.

VII — VIII.

Verwirrend wirkt es, wenn Bähr beständig von Besitz-Handlungen spricht. f. 1 § 9 D. U. P. 43, 17 beweist die Berechtigung dazu nicht; denn hae possesiones bezeichnet die verschiedenen Arten fehlerhaften Besitzes. Das ist eben der Kernfehler aller Herrschafts-Theorien, daß sie das zum Zustande erheben wollen, was Handlung ist.

Unter Verweisung auf den Wortlaut der Interdict. U. P. erklärt Bähr dasselbe folgendermaßen:

Lagen sämmtliche Besitzhandlungen der beiden Besitz-Ansprecher offen vor, ohne daß diese irgend in Berührung gekommen waren, so waren ohne Zweifel die Handlungen gegen einander abzuwägen?

Ich frage darauf: Wonach sollen diese Handlungen abgewogen werden? Nach ihrer wirthschaftlichen Bedeutung? Ich will dies gelten lassen. Aber was würde daraus folgen? M. E. unbedingt Theilung in den Besitz und zwar nach ideellen Theilen, die dann vielleicht in reale Theile umgewandelt werden.

Aber dann hat das Besitzinterdikt keinen Zweck.

Oder etwa nach realen Theilen unmittelbar? Was sollte den realen Theil bestimmen? Ich wüßte Nichts als der Ausschluß von dem entsprechenden realen Theil.

Wider Willen giebt denn auch Bähr das Ausschluß-Prinzip zu, wenn er sagt, die fehlerhaften Besitz-Handlungen seien nicht mitgerechnet worden. Zunächst die vis. Wer begeht die vis, wenn beide in Concurrenz aufeinanderstoßen? M. E. beide, aber derjenige begeht keine unberechtigte vis, welcher abwehrt. Also begeht der keine technische vis, welcher bereits ausgeschlossen hat. Er ist der prior tempore, deshalb der potior. Die clandestinitas. Es

heißt clam alter ab altero. Also nicht die Heimlichkeit überhaupt, sondern die Heimlichkeit gegen den Gegner. War nun schon ein Gewaltakt vorgekommen, so geschah jeder Akt, der nicht vi erfolgte, hinter dem Rücken des Gegners. War noch gar nichts vorgekommen, so weiß ich nicht, was es austragen sollte, durch Hintergehung den Plänen und Wünschen eines Andern durch die That zuvorgekommen zu sein.

Aber ich halte überhaupt das Operieren mit den sog. Besitz-Handlungen für unrichtig. Bähr nämlich erklärt die possessio für eine Abstraction, die nur aus vorhergehenden Handlungen geschlossen werden könnte. Daß der Besitz eine Abstraktion ist, gebe ich zu: er ist eine res quae tangi non potest. Würde es sich aber um eine Abstraction handeln, die aus vergangenen Thatsachen geschlossen werden muß, dann hätte es keinen Sinn, daß das Interdictum auf uti nunc possidetis gelautet hat, namentlich uti nunc possidetis nec vi nec clam alter ab altero. Dies muß ein Zustand sein, der zur Zeit besteht.

Die Klarheit dieses Sachverhaltes wird nur verdunkelt durch das Verjährungs-Postulat, welches der Prätor bei anderen Edikten offenbar im Interesse der Sicherheit noch festsetzt.

IX.

Ist der Besitz Recht oder Thatsache?

Bähr sagt: Selten hat es einen unfruchtbareren Streit gegeben und beantwortet die Frage dann doch; und zwar dahin, daß er als Zustand Thatsache, als schutzberechtigt Recht sei. Vom Standpunkte dessen, welcher die Detention als solche geschützt sehen will, ist dies vollkommen korrekt. Dem aber, welcher in der Detention nur naturalis possessio sieht, ist die einzige Folge derselben Vertheidigung eigner Rechte des Inhabers. Wer aber Besitz und nat. poss. unterscheidet, der erkennt im Besitz einen thatsächlichen Zustand, der allerdings Rechtsfolgen hat. Das ius possessionis ist für ihn ein aliud ius. Und wir treten insofern Ihering bei, welcher auf die Ähnlichkeit des Urkunden-Prozesses mit dem Besitz-Prozeß hingewiesen hat.

X.

Bezüglich des Satzes: Eigenmacht ist im geordneten Staate verboten, haben wir uns oben geäußert. Bähr aber, der den Be-

griff der Eigenmacht offenbar weiter gefaßt wissen will, kommt im Resultate auf den Schutz der Inhabung.

XI.

Mit Recht sucht Bähr den Gegensatz vom Publiciana und Besitzklage in der Ausscheidung der Eigenthumsfrage; mit Unrecht erblickt er aber in ihr auch den Gegensatz zur condictio possessionis.

An sich sind condictio possessionis und Interdictum Gegensätze. Wir finden aber einige Fälle der Konkurrenz.

Zur Illustration diene folgendes:

Thatbestand.	Condictio.	Interdict.
Irrthum. (Betrug.)	condictio.	fehlt.
Hintergehung.	condictio furtiva.	interdictum utrubi uti poss.-interdict. de clandestina poss.
Zwang und Gewalt.	condictio.	interdictum unde vi.

Diese Konkurrenz erklärt sich daraus, daß der Raub eine Gewalt enthält, das furtum eine Hintergehung enthalten kann. Nur brachten die Römer Thatbestände unter das furtum, welche wir unter den Begriff des Betruges bringen würden, so die wissentliche Annahme eines indebitum.

XII.

Bezüglich des sog. abgeleiteten Besitzes verweisen wir auf die obige Begründung, wie auf die Monographie über den Besitz.

Für uns liegt der „Wirrwarr" nicht in den Quellen.

XIII.

Bähr behandelt darauf die Ausdehnung der possessio auf Servituten.

Wir hoben schon hervor, daß der Prätor Verjährungs-Momente in den Thatbestand hineingemischt hat. Ich sehe aber im Gegensatz zu Bähr nur Esinktiv-Verjährung. Denn

1. Der Besitz an sich ohne Titel bewirkt nach Ablauf der Frist nur Klag-Verjährung.

2. Das für positive Ausübungs-Servituten gegebene Interdikt ist Urtheil dahin, daß das Selbsthilferecht des Besitzers des praedium serviens verjährt und er deshalb gezwungen sei, das Nichtrecht des Servituten-Besitzers zu beweisen.

3. Sehr summarisch verfährt Bähr mit dem Besitz des Nießbrauchers und Superfiziars. Bezüglich des Letzteren verweisen wir auf unsere Monographie S. 117 ff. Was aber den Usufruktuar betrifft, so hat er an sich nicht Sach-Besitz, sondern nur naturalis possessio an dem ganzen Objekt. Der Eigenthümer hat Besitz an der salva rei substantia. Da diese Konkurrenz unerträglich ist, so mußte der Nießbraucher dem Eigenthümer caviren. Gegen diese Caution bestellte der Eigenthümer dem Usufruktuar vollen Sach-Besitz.

XIV.

Bär resumiert aus dem bisher Ausgeführten, daß der Besitzschutz des R. R. sich nicht decke mit dem Verbot der Eigenmacht.

Inwiefern Bähr von seinem Standpunkte aus dies bestreitet, kann ich begreifen; wenn er aber in der Eigenmacht Eingriff in die „Rechts-Sphäre“ eines Andern erblickt, so wüßte ich nicht, welches Recht das klassische Römische Recht nicht geschützt haben sollte. Freilich schützt es nicht die corporalis possessio, d. i. nach meiner Meinung den durch externe Rechte gebildeten Ausschlußzustand an sich. Dieses Prinzip enthält auch nicht das Decretum Divi Marci, das bekanntlich Verlust der Forderung verfügte.

Bähr sieht nun den ersten Schritt der Durchführung des Verbots der Eigenmacht darin, daß dem Colonen das Inderdictum quod vi aut clam zugestanden habe. Dagegen erhebt sich aber die Frage:

1. Inwiefern ist das Interdictum quod vi aut clam Vertheidigung gegen Eingriff in die Rechtssphäre? Gewiß dann, wenn man Besitz an dem gestörten Zustande anerkennt. Dann aber ist es nicht Eingriff in die Rechtsphäre des Colonen, sondern in die seines dominus.

2. Woraus ergiebt sich, daß der Colon aus eigenem Recht das Interdictum hat erheben können? M. E. ist dies eine willkürliche Annahme. Denn die erfolgreiche Durchführung des Interdikts macht den Besitzer verantwortlich. Der Colon kann daher das Interdictum nur nomine seines Verpächters anstellen. Daß

es ihm speziell als Colonen gewährt wurde hatte den Zweck, ein schleuniges Mittel zur Wahrung der Rechte zu geben, wie man denn auch dahin kam, den Colonen immer mehr als procurator zu behandeln. Wir würden heute diesen Satz so wenden: der Pächter gilt als solcher zur Anstellung des Interdictum quod vi aut clam bevollmächtigt.*)

Auch das Beispiel der hereditas iacens giebt für den angeblichen Rechtssatz keinen Beweis.

Die Zulassung der Besitzklagen in der hereditatis petitio ist keine Ausgestellung des Besitzrechts zu einem Detentions-Recht, sondern ist Anerkennung der Rechtsfähigkeit der liegenden Erbschaft, die wir heute als juristische Person ansehen. Mit demselben Rechte könnte man auch ein Detentionsrecht darin sehen, daß der Pupill durch den Tutor die Besitzklagen anstellen könne.

XV. —

XVI.

Bähr geht nun über zu den Wandlungen, welche das klassische Recht bis zu Justinian durchgemacht hat. Er resumiert seine Ansicht mit den Worten Iherings (Grund des Besitzschutzes S. 142): Sowohl für bewegliche als unbewegliche Sachen gilt schon nach Grundsätzen des Justinianischen Rechts der Satz, daß der Besitzer gegen jede Besitz-Aneignung, die sich nicht auf seinen eigenen Willen zurückführen läßt, possessorischen Schutz beanspruchen darf; die näheren Umstände dieser Besitzaneignung, ob sie gewaltsam oder heimlich oder aus Irrthum geschah, ob dolus oder Versehen einer dritten Person dabei mitwirkte, sind dabei völlig gleichgiltig; Kläger hat Nichts zu beweisen, als seinen bisherigen Besitz und die Art, wie derselbe von ihm an den Beklagten gelangte.

Diesen Satz halte ich auch für das klassische Recht für zutreffend; nur bestimmte sich nach der Art, wie der Besitz an den Gegner gelangte, ob Interdictum retinendae recuperandae possessionis oder condictio possessionis zuständig war und demgemäß die Beweislast.

---

*) Anmerkung! Vielleicht wird sich auch in dieser Weise die Schwierigkeit bezüglich des Verwahrers bei dem Warrant-Verkehr beheben lassen, werlchen „Levy, der Warrant", Archiv für bürgerl. Recht II S. 314 ff. civilis possessio zusprechen will. Man braucht ihn nur als zu allen Klagen bevollmächtigt anzusehen und hat Alles erreicht was zu wünschen ist.

Aber die Ereignisse, welche Bähr für seinen Satz als Beweise mittheilt, beweisen diesen nicht nur nicht, sondern das Gegentheil.

1. Die lex Julia und das Decretum Divi Marci straften den, welcher unter Verletzung unbestreitbarer Rechte des Gegners vermeintliche Rechte selbst ohne den Richter exequierte. Darin lag kein Detentionsschutz, sondern Strafe für Verletzung selbständiger Rechte, wenn auch zum Zwecke der Erzwingung eines vermeintlichen Anspruchs.

2. Wenn vollends Justinian die Einrede fehlerhaften Besitzes gegen das Interdictum unde vi ausschloß, so scheint mir darin das Gegentheil der Anerkennung des Satzes, daß der Besitzer gegen jede Eigenmacht geschützt sei, zu liegen. Es wurde der erste Besitzer im Interdikt gegen den zweiten nicht geschützt, obwohl ihn dieser gewaltsam entsetzt hatte.

XVII.

Was die Spolienklage betrifft, so freue ich mich, hier ganz auf Savignys Standpunkt stehen zu können. Auch ich nehme an, daß dem Canon Redintegranda eine unverdiente Ehre widerfahren ist. Ich behaupte: Mit der Spolienklage vermöchte ich die ganze Welt zu meinem Besitze zu machen: ich lasse mich vergewaltigen, ejizieren und mir dann den Besitz vom Richter zusprechen. Mit jedem Aber, das man dieser Behauptung entgegensetzt, hat man bereits die richtige Römische Lehre zugegeben.

XVIII.

Indem Bähr die Besitz-Lehre des R. R. preisgiebt, und den Eingriff in die fremde Rechtssphäre als Grund des Interdikts betrachten will, muß er diese Rechtssphäre umgrenzen.

Er thut dies durch eine Casuistik, welche ich nicht als gelungen ansehen kann.

a) Sachen, die wir bei uns tragen. Ich will Bähr nicht mit der Frage belästigen, wieweit dieses körperlich bei sich tragen reicht. Ich gestehe, daß mir bezüglich des Hutes oder Schirmes, den ich in einem Caffee weit ab von mir an den Rechen gehängt habe, Iherings Thatsächlichkeit des Eigenthums noch lieber wäre.

b) Wohnung und abgeschlossene Räume. Das ließe sich hören, wenn nicht heutzutage in ein- und demselben Hause so viele verschiedene Rechtssphären sich herumbewegten, die zeitweilig sehr

stark ineinandergehen, die gemeinsame Dielen, Zimmer, Küchen, Keller, ja Schränke haben. Das sog. Gewahrsams-Gebiet des Menschen gleicht einem Inselreich, das in allen Gegenden der Erde Besitzungen hat und gewährt noch ein bunteres Bild als das selige Deutschland vor der Secularisation.

c) Dieses Gewahrsamsgebiet erweitert sich bei schwer beweglichen Sachen, indem dieselben einfach liegen bleiben. Damit ist jede Begrenzung des Gewahrsams-Gebiets preisgegeben. Und nehmen wir einen doch leicht transportierbaren Wagen hinzu, den ein Fuhrmann beliebig auf der Straße stehen läßt, ohne den Besitz preiszugeben, so fehlt jedes Gewahrsams-Gebiet. Ein solches Gewahrsams-Gebiet ist immer nur das, welches die besessene Sache selbst ausfüllt. Dies wird aber ganz und gar nicht geschützt: Denn eine freiliegende Sache an einen oportuneren Platz zu schieben oder zu legen, ist gewiß keine Besitz-Störung. Man umgeht stets das punctum saliens: die Willensbeziehung.

XIX.

Auch beim Immobilien-Besitz sieht sich Bähr zu einer Casuistik genöthigt; allerdings in der Form, daß er fragt, welche Thatsachen den Besitz beweisen. Aber u. E. sind und müssen diese Thatsachen unbegrenzbar sein.

Und eben die Thatsachen, welche Bähr anführt, beweisen den Besitz nicht; wenigstens sehr häufig nicht. Wohnung, Aufenthalt u. s. w. beweisen immer nur das Wohnen.

Indem Bähr vom Miether, Dienstboten u. dgl. spricht, schiebt er schweigend das Willens-Verhältnis zwischen Besitzer und diesen Personen ein.

XX.

Ich trete Bähr darin bei, daß in der Wahrnehmung des Besitzrechts eine Vertretung möglich ist; und zwar speziell in der Dejection des gewaltsamen Occupanten und ebenso gegen die Vertreter desselben. Um so mehr ergiebt sich, daß der Besitz eine Willens-Beziehung ist. Und zwar eine solche zwischen den Vertretenen. Nun verlangen doch Miether und Pächter billig, daß Vermiether und Verpächter Besitzer seien. Sie verlangen weiter, daß sie durch sein Besitz-Recht vor fremden Zugriff geschützt seien. Wenn sie sich gegen fremden Zugriff wehren, so stützen sie sich

auf das Recht des Besitzers, es sei denn, daß sie sich selbst oder eigene Rechte daneben zu vertheidigen haben. Was bleibt also von dem Detentions-Schutz übrig?

Was aber das Verhältnis mehrerer Miether zu einander betrifft, so sind sie stets auf den Vermiether zu verweisen. Bei Zweifel und Widersprüchen kann der Friede nur dadurch gewahrt werden, daß das Verbot überwiegt; denn in pari causa potior est prohibentis. Die Entscheidung giebt der Vermiether, vorbehaltlich der Ansprüche gegen ihn aus dem jeweiligen Mieth-Contrakt.

Der Mitmiether ist freilich dann auf die Prohibition nicht beschränkt, wenn der andere ein Recht verletzt hat. Wo daher eine erkennbare Bestimmung des Hausbesitzers vorliegt, da liegt auch ein Verbot gegen entgegengesetzte Handlungen vor. Immer bleibt die entscheidende Instanz für die Miether der Vermiether. Darin zeigt sich sein Besitzrecht. Ueber ihm steht nur der Richter, der allerdings heute reale Exekution anordnen kann.

Zwischen den Miethern aber besteht an sich gar kein Rechts-Verhältnis. Denn man frage sich einmal, wohin es führen würde, wenn der Richter zwischen zwei Miethern über ihr Rechts-Verhältnis entschiede.

Miether A. klagt gegen Miether B., daß er ihn gewaltsam aus dem Zimmer Nr. 20 im Hause Nr. 50 in der —Straße entsetzt habe. Er verlangt durch Interdict Wieder-Einräumung des Zimmers. Im Termin erscheint B. nicht und wird kontumaziert oder er erscheint und gesteht Alles zu. Der Richter erläßt ein Versäumnis-Urtheil, durch das B. verurtheilt wird, das Zimmer 20 an A. herauszugeben. Wie soll dies Urtheil vollstreckt werden, wenn nun A. und B. gar nicht Miether sind.

XXI.

Es ist charakteristisch, daß für das, was Savigny als Detention bezeichnet, eine solche Fülle von Namen vorhanden ist. Man hat einen Mieth-Pacht-Nutz-Besitzer und einen Fremd-Besitzer. Darin zeigt sich schon, daß diesen Namen eine einheitliche Erscheinung nicht zu Grunde liegt. Einheitlich nannte man dieses ungewisse Etwas, in Anlehnung an das französische Recht Detention; andere sprechen von Inhabung, andere von Gewahrsam; Bähr endlich wählt den Ausdruck Real-Besitz. Und in Wirklichkeit ist Alles nur das schiefe Bild für die naturalis oder corporalis

possessio, nemlich ein Bedecken der Sache mit der eigenen Person oder mit eigenen Rechten. Jedes dieser Worte giebt ein räumliches Verhältnis oder einen wirthschaftlichen Vorgang wieder, der nur zufällige und momentane Wirkungen zu erzeugen vermag. Daß die Inhaber=Papiere in Wahrheit Besitzer=Papiere sind, ist hier nicht nachzuweisen.

Bähr knüpft also an den Real=Besitz an und fragt: Wie stellt sich zu dem Rechte des Real=Besitzers das Recht der Römischen possessio? Für mich ist die Antwort sofort liquide; denn ich antworte: Genau nach dem Vertrage, den der Real=Besitzer mit dem possessor geschlossen hat. Dritten gegenüber muß sein Autor für ihn eintreten.

Für Bähr und alle Vertreter einer einheitlich gestalteten Inhabung muß die Frage ein Problem bleiben. Es spricht von einem Schutz des Besitzes durch Selbstvertheidigung, eine offenbare contradictio in adjecto. Denn ich wüßte nicht, in welchem Verhältnis ich diesen Schutz nicht hätte; es sei denn, daß ich selbst der Angreifer bin!

Er spricht von einer Uebergabe des Real=Besitzes und will doch den Besitzer possessorisch gegen den Dritten klagen lassen.

Welches Verhältnis Bähr eigentlich damit im Auge hat, ist klar, nemlich die Störung des Besitzes. Diese ist entweder vom Besitzer bewilligt; dann entscheidet der besondere Vertrag. Oder er ist vom Besitzer nicht bewilligt; dann kann er nichts in sich tragen, was an sich des Schutzes werth ist; denn sonst würde dieser Zustand gegen den Besitz obsiegen. Der Grund, weshalb es trotz dieses in sich völlig unberechtigten Zustandes des richterlichen Eingreifens bedarf, ist nur das Davorstehen der Person des Inhabers oder das Davorstehen externer Rechte.

Und endlich ist es bei bewilligter Besitzstörung nicht die Inhabung, sondern der Vertrag selber, der zur Nothwehr das Recht gibt. Nicht aus sich selbst also, wie der Besitz, wird jene Inhabung geschützt, sondern der Inhaber vertheidigt sein Vertragsrecht. Glaubte er berechtigt zu sein, während er es thatsächlich nicht war, so entschuldigt ihn seine Unkenntnis. Kannte er aber sein Unrecht, so ist von einem Schutz der Inhabung durch Selbstvertheidigung keine Rede und der 189 E. B. G. hat den Angriff

gegen seine Person eher erleichtert als erschwert. Noch weniger aber kann in diesem Fall von possessorischem Schutz die Rede sein.

XXII.

Zu welchen Resultaten die Anerkennung der Inhabung als eines Rechtes geführt hat, das beweist m. E. eben jener Fall, den Bähr uns über eine durch Selbsthilfe vertheidigte Servituten-Inhabung mittheilt (S. 311 A. 80).

„Eine etwas emanzipierte Dame besaß vor einem Thore eine „Villa. Dicht vor derselben waren die Alleebäume abgestorben „und die Wege-Verwaltung gieng damit um, neue anpflanzen „zu lassen. Die Dame wünschte aber, den bestehenden Zustand „zu erhalten und fragte ihren Anwalt um Rath. Dieser rieth „ihr, sich im Besitze zu schützen. Als nun die Arbeiter kamen, „um die Bäume zu pflanzen, trat die Dame mit einer Pistole „in der Hand auf ihren Balkon und drohte, jeden niederzu-„schießen, der Hand anlegen würde. Die Arbeiter zogen sich „natürlich zurück. Nun aber ward die Dame vor Gericht ge-„stellt und wegen Bedrohung von Abgeordneten der Obrigkeit „in eine Gefängnisstrafe verurtheilt. Auch dem Anwalt wurde „wegen intellektueller Urheberschaft eine Geldstrafe zuerkannt."

Ich wüßte hier gar nicht, was an der Thatsächlichkeit des Rechtes oder an dem der Inhabung entsprechenden Zustande fehlen sollte. Auch ausgeübt hat die Dame den Rechts-Inhalt.

Bähr selbst fühlt das offenbar sehr gut und er statuiert alsbald eine Ausnahme für Servituten, welche sich nur in einzelnen, nicht zusammenhängenden Einwirkungen auf das Grundstück erweisen, sodaß bei ihnen der Besitz durch Selbsthilfe nicht geschützt sei. Dieselbe Ausnahme soll auch bei negativen Servituten gelten. Die Motivierung dieser Ausnahme verdient wörtlich angeführt zu werden: „Der Unterschied (scil. zwischen Sachbesitz und Servitutenbesitz) liegt nur darin, daß bei einem solchen Besitz, der die Benützung des Grundstücks in seiner Gesammtheit umfaßt, wir die Besitzhandlungen, auch wenn sie vereinzelt dastehen, doch als ein über dem Grundstück gleichsam zusammenschließendes Ganze betrachten und so zu dem Begriff des Sachbesitzes gelangen; während die Besitzhandlungen in Ausübung der gedachten Dienstbarkeiten einen solchen zusammenschließenden Besitz nicht dar-

stellen.“ Und von solchen subjektiven „Betrachtungen“ soll Hab und Gut, Ehre und Ruf einer Person abhängig gemacht werden. Hier macht die Ausübungs-Theorie Bankrut, mag man die Insolvenz derselben noch so sehr verschleiern!

Von unserm Standpunkte aus ist aber jener Zustand, welchen der obige Fall darstellt, ein durchaus mechanisch, ohne jegliche menschliche That entstandener. Es ist ganz und gar keine Willens-Beziehung entstanden; denn dieser Zustand ist zwar sehr nach Wunsch der Dame entstanden, gewollt aber hat sie denselben nicht. Und ebensowenig kann von einem Unterlassen oder Schweigen (taciturnitas atque silentium) der Bau-Verwaltung die Rede sein, da ihr Widerspruch gegen Natur-Ereignisse nichts genützt haben würde.

Während also jener Zustand ganz jener Gewahrsame oder Inhabung ohne Willen, jener Herrschaft über die Sache entspricht, ist er für uns ein juristisch völlig irrelevanter.

Im Uebrigen vgl. das unter XIII Gesagte.

XXIII.

Mit diesem Kapitel beginnt Bähr seine Bemerkungen zum Besitz-Erwerb. Folgerecht müßte er zum Resultate kommen, daß es überhaupt keine andere als reale Sach-Tradition geben könne. Denn dies ist nothwendig, wenn man das Substentielle nicht in einer Willens-Beziehung hinsichtlich der Sache erblickt. Trotzdem erklärt aber Bähr bei offenen Grundstücken Alles, was an reale Übertragung streift, für eine lächerliche Commödie.

Ich bin mit Bähr darin einverstanden, daß jede räumliche Nähe für den Besitz-Erwerb an sich gleichgiltig ist. Ob es aber nicht für die Römer bei offenen Grundstücken im Interesse der Beweissicherheit geboten war, symbolische Akte vorzunehmen, darüber muß ein gewiegterer Praktiker entscheiden, als ich es bin. Allem Anscheine nach aber war das Beschreiten bei den Römern keine lächerliche Commödie, sondern hatte den Zweck, sich dem Gedächtnis der Betheiligten und unbetheiligten Zeugen einzuprägen.

XXIV.

Durchaus im Gegensatz zu seiner Auffassung des Besitzes anerkennt Bähr die Besitz-Uebertragung an offenen Grundstücken durch Einweisung in den Besitz. Er verlangt aber das Vorhandensein von vacua possessio. Bekanntlich aber haben die Römer

unter vacua possessio auch das Freisein von obrigkeitlicher Immission verstanden (Brinz, Pandekten I § 138 fr. 2 § 1 Dig. a. e. v. 19,1) keineswegs von jeder Detention (Brinz ibidem). Das erklärt sich, wie ich in meiner Monographie S. 99 ff. hervorgehoben habe daraus, daß die stipulatio vacuam poss. tradi insofern die causa bonorum mit sich führte, als der promissor stipulandi nicht nur für die thatsächliche Freiheit des Besitzes garantiert, sondern auch dafür, daß diese Freiheit rechtsbegründet ist (fr. 32 § 1 Dig. 45,1).

Ich stimme aber mit Bähr wiederum nicht überein, wenn er in jeder Immission des Tradenten den Besitz-Uebertragungs-Akt sieht. Liegt in der Immission von Seiten des Tradenten die Vollmacht, vacua possessio herzustellen, so ist sein Traditions-Wille ein bedingter; er will erst dann Besitz aufgelassen haben, wenn der Erwerber vacua possessio herstellt. So erklärt sich jenes schwierige fr. 18 de vi 43, 16. Der Tradent will mit dem Moment Besitz aufgegeben haben, in welchem der Empfangs-Berechtigte die vacua possessio beschritten hat. Nun verweigert der Colon mit Gewalt die Beschreitung. Der Empfangs-Berechtigte dejiziert ihn. Fragt sich, wie es mit dem Interdict zu halten. Kein geringerer als Papinian entscheidet: Der Colon ist durch den willkürlichen Ausschluß Besitzer geworden; jedoch vi gegen den dominus. Dieser hatte noch nicht Besitz verloren, weil er die Besitz-Aufgabe von dem Beschreitungsakt des Empfangs-Berechtigten abhängig gemacht hat. Da somit der Colon Besitzer geworden, so ist er durch die Dejektion seitens des Empfangs-Berechtigten zum Interdictum de vi legitimiert. Ist ihm aber der Besitz restituiert, so unterliegt er nun gegen den dominus seinerseits dem Interdictum de vi.

Mit Unrecht schließt man daraus, daß Besitz-Uebertragung bei sog. Real-Besitz eines Dritten von dessen Willen abhängig sei.

Der Besitz-Uebertragungs-Consens muß nicht nothwendig von dem Beschreiten abhängig gemacht werden, sondern er kann unbedingt geschehen. Wirft sich nun der sog. Real-Besitzer zum Besitzer auf, so steht je nach Lage der Sache dem Empfänger Interdictum retinendae oder recuperandae possessionis zu.

XXV.

Statt nun die m. E. symbolischen Akte des Römischen Verkehrs seiner Ansicht gemäß als Herstellung der Herrschaft über die Sache zu betrachten, hält Bähr dieselben für eine kindliche Anschauung der Pandekten-Juristen. Er bemerkt nicht, wie er damit seine Theorie widerlegt. Denn wenn die Wirksamkeit der Tradition schlechthin von der thatsächlichen vacua possessio in seinem Sinne, also von dem Freisein von jeglichem Real-Besitze, abhängig gemacht werden soll, so ist dies das Gegentheil des Verbotes jeder Eigenmacht. Ist es denn nicht Eingreifen in die Rechtssphäre einer Person, wenn der Miether oder Pächter, der den Vermiether oder Verpächter eben in dem Contract als Besitzer anerkennt, diesem nun verbieten will, den Besitz zu übertragen? Zweifellos ist es dies selbst dann, wenn man den Miether zum Rechtsbesitzer erheben will. Ebensowenig aber wie die Tradition durch Vorhandensein eines Rechtsbesitzes gehindert ist (fr. 20 § 1 Dig. adqu. rer. dom. 41, 1), kann man selbst bei der (für mich höchst bedenklichen) Annahme eines Mieth-Besitzes die Tradition für unzulässig halten.

XXVI.

Obwohl Bähr sich von der Römischen Lehre trennen will, bleibt er doch an der durch die Romanisten entstellten Lehre haften. Er sieht in dem constitutum possessorium ein Aushilfsmittel. Bekanntlich ist dasselbe überhaupt kein quellengemäßes Institut; ebensowenig ist es die brevi manu traditio; die longa manu traditio wird als Bild gebraucht fr. 79 Dig. sol. 46, 3. Indem man diese gar nicht von einander abzugrenzenden Institute selbständig betrachtete, hat man den gemeinsamen Gedanken preisgegeben, daß jede Besitz-Uebertragung in Wahrheit Constitut ist. Man möge nur den Versuch bei Grundstücken und schwer beweglichen Sachen machen und man wird erkennen, daß jede Grenze zerfließt. Ob der Trident bei Grundstücken eine Custodiapflicht übernimmt, der Grad, wie er diligentia in custodiendo zu bewähren hat, kann ganz und gar kein Kriterium dafür abgeben, ob Besitz erworben ist oder nicht. Bei Uebergabe von beweglichen Sachen in einem gemeinsamen Raum, ist das constitutum possessorium brevi manu traditio und die brevi

manu traditio constitutum possessorium, um so mehr als der Trodent auch dann übergiebt, wenn er den Empfänger nehmen läßt. Was nützt aber dem Empfänger das Nehmen, wenn er die Sache doch an dieselbe Stelle wieder hinlegt?

Legt man sich endlich die Frage vor, wie sich denn der äußere Vorgang bei der Uebergabe zu Kauf, Miethe, Pacht ꝛc. ꝛc. unterscheide, so muß man zu unserem Resultat gelangen.

XXVII.

Wie aber geht eine Eigenthums-Uebertragung an der Sache vor sich, die im Realbesitz eines Dritten sich befindet?

Diese Frage ist nicht einheitlich zu beantworten, weil unter Real-Besitz heterogene Verkehrs-Erscheinungen subsumiert werden. So versteht Bähr unter Realbesitzer auch den Finder. Er fragt, wie eine Schenkung an einer verlorenen Sache vor sich gehen könne. M. E. ist eine solche Schenkung ein Schenkungs-Versprechen unter der Bedingung, daß sich die Sache wiederfinde. Bähr aber nimmt an, die Schenkung könne effectuiert werden, indem der Schenker die Eigenthumsklage abtrete. Aber gegen wen? Ist gegen den Finder die vindicatio zulässig? Hat er, welcher Alles thut, die Sache dem Verlierer wieder zu verschaffen, dessen Eigenthum verletzt? Gewiß nicht.

Aber sieht sich der Verlierer nur der einzigen Möglichkeit gegenüber, daß die Sache von einem Redlichen gefunden werde? Könnte sie nicht auch gestohlen werden? Er muß demnach die neg. gest. actio, die vindicatio und die Diebstahlsklagen für den Fall, daß sie fällig sind, abtreten. Weiter aber: Wenn irgend einer die Sache betroffen und sie muthwillig zerstört hätte? Er muß die actio legis Aquiliae für den Fall abtreten, daß diese zutrifft. Wenn nun aber die Sache ein Thier wäre, das Schaden angestiftet hätte. Der Beschenkte muß die Verantwortung, falls sie nöthig sein sollte, übernehmen u. s. w.

Mit anderen Worten, er muß alle Klagen aus dem Eigenthum aktiv und passiv übertragen für den Fall, daß sie fällig sind. Das bedeutet aber u. E. Nichts Anderes, als er tritt das Eigenthum ab. Und das eben ist die Frage, ob er es ohne Besitzübertragung kann. Ich sehe aber keinen Vortheil darin, hier einen Eigenthumsübergang zu statuieren. Erst wenn die Sache in irgend

einer Weise wieder zum Vorschein kommt, ist er im Stande, sein Versprechen zu halten, indem er die jeweilig erforderliche Klage abtritt oder sie selbst anstellt. Also nicht etwa tritt er, schon ehe die Sache zum Vorschein gekommen, die Vindicatio ab, denn diese ist gar nicht vorhanden, falls nicht neben dem Verlieren noch ein anderes Ereigniß eingetreten ist, sondern er erfüllt sein Schenkungsversprechen, indem er die jeweilig fälligen Klagen abtritt.

Hat aber ein Anderer auf Grund eines Vertrages den natürlichen Besitz, so hindert dies in keiner Weise die Tradition.

Anders ist der Sachverhalt, wenn ein Dritter wirklich besitzt. Hier wird der Schuldner die rei vindicatio abtreten müssen. Ist aber ein dritter Faustpfandgläubiger und als solcher Besitzer, so hat es für uns keine Schwierigkeit, das Eigenthum mit der Last des Pfandrechts durch Konsens zu übertragen. Denn da für uns der Besitz selbst eine Willensbeziehung ist, so kann auch eine Willensbeziehung dahin konstituirt werden, daß der bisherige pfandbelastete Eigenthümer sich jeder Eigenmacht bezüglich der Sache auch für den Fall begiebt, daß das Recht des Pfandgläubigers, zu besitzen erlischt und zum Eigenthum zurückkehrt. Indirekt giebt Bähr ja diesen Sachverhalt auch zu, indem er von Cession der Eigenthumsklage spricht, aus welcher sich die Uebertragung aller eventuell nöthigen Klagen aus dem Eigenthum herausschält.

Dementsprechend würde ich auch die von Bähr (S. 334 bis 336) angeführten Rechtsfälle entschieden haben. In dem ersten Fall ist die Schwierigkeit eine selbst gemachte, da es ein constitutum possessorium als Besitzübertragung besonderer Art gar nicht giebt.

Im zweiten Fall vermag ich dem Reichsgericht nicht zu folgen, wenn es den rechtmäßigen Erwerber zu Gunsten eines willkürlichen Gläubigers benachtheiligt sehen will. Der Pfandbesitzer hat nicht das mindeste Interesse daran, an wen das Eigenthum übergeht. Denn eben darin besteht die Dinglichkeit seines Pfandrechts, darin auch sein Besitz, daß er unabhängig von dem Eigenthümer ist. Es liegt daher gar kein praktischer Grund vor, weshalb von ihm der Eigenthumsübergang abhängig gemacht werden sollte, falls nicht fraus creditorum nachweisbar oder die Anfechtungsklage begründet ist.

XXIX.

Obwohl der Satz: „Kauf bricht Miethe“ nicht in die Besitzlehre gehört, weil es sich um eine Collision zwischen persönlichem Recht und dinglichen handelt, so ist derselbe allerdings durch die Statuirung eines Detentionsrechtes für die Besitzlehre brennend geworden.

Es handelt sich aber bei diesem Satze nicht darum, ob der Besitz geschützt wird, sondern ob das Recht des Miethers, wie es realiter exequirt, so auch realiter geschützt wird. Dies ist nicht Schutz der Detention um ihrer selbst willen, sondern eben Schutz des Miethrechts, das der Miether zu beweisen hat. Wird der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe“ unbeschränkt, oder mit Beschränkung auf eine Kündigungsfrist Rechtens, so muß der Miether sich gegen den neuen Erwerber durch Erlangung einer einstweiligen Verfügung schützen, indem er sein Miethrecht wahrscheinlich macht. Aus der Inhabung selbst erwächst ihm auch dann kein Schutz und die Inhabung mit der Behauptung Miether zu sein ist keineswegs im Stande, dem Richter sein Miethrecht wahrscheinlich zu machen. Denn die Miethe kann aus anderen Gründen erloschen sein.

Dagegen wird es auch da, wo der Satz „Kauf bricht Miethe“ gilt, für den Verkäufer erforderlich sein, den Miether in Kenntniß zu setzen.

Aus der Kritik der oben genannten Abhandlung läßt sich schon unser Urtheil über den Entwurf entnehmen, welchen Bähr im Archiv für bürgerliches Recht 2. Band veröffentlicht hat.

Oder sollte die Theorie die ungeheure Macht besitzen, die praktischen Erfahrungen eines ganzen Lebens in der kurzen Spanne eines Jahres zu korrigieren?

Gesetze müssen aus sich selbst erklärt werden, und ich muß daher von obigem Aufsatze absehen.

Sollen wir unser Gesammt-Urtheil geben, so können wir es nur mit dem Römischen Satze: Separata esse debet possessio a propretate. Vielleicht vermag die Autorität dieses Römischen Satzes auch einer Autorität wie der Bähr's gegenüber zu überwiegen.

Bährs Entwurf gründet auf dem Unterschied von Ausübung eignen Rechts (§ 1) und (§ 22) fremden Rechts, dazu tritt noch die thatsächliche Gewalt.

§ 1 lautet: „Besitzer einer Sache ist, wer in Ausübung eignen Rechts an der Sache die thatsächliche Gewalt über dieselbe übt.“ Bähr hätte diese Definition am liebsten ganz weggelassen. Wir glauben fast mit Recht. Aber weshalb? Wenn nur der diesem § zu Grunde liegende Gedanke unanfechtbar ist, sollte es dann einem Bähr so schwer geworden sein, eine genügende Formulierung zu finden?

Wenn ich in einem Caffeehaus eine Tasse in der Hand halte, so übe ich zweifellos in Ausübung eigenen Rechts die thatsächliche Gewalt. Man könnte ja daran herum interpretiren. Aber selbst diese Interpretation wird uns durch § 7 versperrt, welcher lautet:

Der Nutzbesitzer (Nießbraucher, Faustpfandgläubiger, Miether, Pächter u. s. w.) übt seinen Besitz zugleich für den von ihm als Eigenthümer Anerkannten (den Eigenthumsberechtigten) insofern aus, als diesem sein Besitz für die Verjährung zugerechnet wird.

Ich übe also an der Tasse in Ausübung eignen Rechts die thatsächliche Gewalt. Wer mir dies etwa bestreiten will, der gehe zum Richter.

Nun brenne ich mit der Tasse durch. Wirth und Kellner laufen mir nach und wollen mir die Tasse entreißen! „Untersteht Euch nicht, mich anzurühren!“ rufe ich ihnen zu: „Niemand darf eigenmächtig den Besitzer einer Sache im Besitze stören oder ihm denselben entziehen. Der Besitzer ist berechtigt, darauf gerichteter Handlungen sich mit Gewalt zu erwehren. Vergleichen Sie gefälligst Bähr § 15 überdies § 8 14 E.B.G.B! Ich wehre mich mit Händen und Füßen! Und wehe Ihnen, wenn Sie mich vergewaltigen! Ich erhalte nicht blos die Tasse wieder cf. § 16 (819, 820), sondern Sie werden wegen Nöthigung bestraft. Nicht Sie, ich bin im Besitz! Sie greifen mich an! nicht ich Sie!“ Wirth und Kellner sind in höchstem Zorn: „Zeigen Sie mal her, Ihr Gesetzbuch! So! jetzt haben wir Sie! Da steht es ja. „Wer in Ausübung eignen Rechts die thatsächliche Gewalt übt!“ „Wollen Sie etwa behaupten, daß Sie in Ausübung eignen Rechts die Gewalt über?“

„Unverschämter!“ erwidere ich. „Wie können Sie daran

zweifeln? Ich übe erstlich Besitzrecht aus, das nach § 16, 17 geschützt wird. Außerdem sage ich Ihnen geradezu, daß ich Eigenthum an der Tasse ausübe. Unterstehen Sie sich, mir es zu wehren!

Im Übrigen halten Sie mich nicht mehr auf. Ich muß nach der Bahn; denn ich will heute noch nach der Schweiz reisen." — Damit begebe ich mich nach dem Bahnhof, um nach der Schweiz zu reisen.

Der Wirth blickt mir verzweifelt nach. Da kommt gerade ein Rechtsanwalt. Der Wirth theilt ihm die Angelegenheiten mit. „Unsinn!" meint der Rechtsanwalt. „Einfach § 189! Selbsthilfe! Schicken Sie dem Mann einen Hausknecht nach! Doch — halten Sie — verdammt! Nöthigung des Verpflichteten zur Erfüllung seiner Pflichten! Ist er verpflichtet, die Tasse freiwillig herauszugeben? Er ist ja Besitzer; er ist in Ausübung eigenen Rechts! Er übt Besitzrecht aus!

„Aber, lieber Herr Rechtsanwalt! Er übt doch nur solange Besitzrecht aus, als der Vertrag dauert!"

„Das mag sein, aber das müssen Sie ihm zuerst beweisen. Zunächst übt er Besitzrecht aus."

„Aber er hat mir gesagt, er übe Eigenthnm aus!"

Hilft nichts! Dann erst recht; wenn er in Ausübung von Eigenthum die thatsächliche Gewalt übt, so müssen Sie ihn erst gewähren lassen. Sie müssen ihm erst beweisen, daß er kein Eigenthum hat. Das Einzige ist, daß Sie ihm einen Arrest nachschicken. — Damit hätten wir so ein Zukunftsbild nach dem Entwurf und dem Bähr'schen Beitrag!

Um der Sache aber eine ernstere Wendung zu geben, denken wir uns, der Inhaber sei wirklich fest davon überzeugt, die Tasse gehöre ihm! Denken wir uns, der nachherige Beweis ergebe in der That sein Eigenthum! Wäre es berechtigt, dem Inhaber ein solch willkürliches Vorgehen zu gestattrn?

Oder habe ich vielleicht falsch interpretiert? Übt der Inhaber hier kein eignes Recht aus? Ich erwidere: Woraus geht dies hervor? Wer soll dies entscheiden! In welchem Momente erlischt die Ausübung eignen Rechts? Und soll wirklich die Ausübung eines Rechtes als solches verbunden mit der Inhabung geschützt sein? Die einzige Antwort liegt darin, daß es auf die Willens-Beziehung ankommt. Und zwar ganz unabhängig von

Ausübung und thatsächlicher Gewalt nur auf die Willens-Beziehung. Und zwar hier nicht auf die Willens-Beziehung in Hinsicht irgend eines Rechts-Inhalts, sondern rein um jene Ausschluß-Gewalt. Der Gast, welcher eine Tasse von dem Wirth zum Trinken erhält, erhält dieselbe aus der Ausschluß-Gewalt des Wirthes selbst dann, wenn der Gast Eigenthümer wäre. Jede vertragswidrige Verfügung über die Tasse enthält eine Hintergehung oder Vergewaltigung des Wirthes. Denn eben, indem der Gast die Tasse von dem Wirth als Gast zum Gebrauche in Empfang nimmt, erkennt er dessen Verbots-Gewalt an. Denn wer von Jemanden eine Erlaubnis annimmt, erkennt damit dessen Verbots-Gewalt an. Er erkennt aber keineswegs damit dessen Eigenthum an. Darüber müßte erst die Entscheidung des Richters eingeholt werden.

Der Grundgedanke Bährs basiert demnach auf der schiefen Vorstellung, daß man dem Inhaber es stets aus den Augen ablesen könne, ob derselbe Nutznießer, Miether, Pächter u. dergl. sei.

Es ist kein Zweifel, daß in zahlreichen anderen Fällen die „Thatsächlichkeit des Rechts“ noch viel zweifelhafter sein kann und daß sich zwei gegenüberstehen können, von denen beide fest von ihrem Recht überzeugt sind. Wer ist in diesem Falle der potior? M. E. immer derjenige, welcher bereits eine Ausschlußgewalt hergestellt hat, es sei denn, daß er sie unter Vergewaltigung oder Hintergehung seines Gegners hergestellt hatte.

Zu § 2. cf. das zu Strohal Gesagte.

Zu § 4 ebenso. Der Bährsche Paragraph benachtheiligt Geschäftsunfähige gegen Erwachsene, da das Besitz-Bewußtsein sich nach seiner Ansicht in einem Können gegenüber der Sache bewahrheiten muß. Und weshalb ein Kind gegenüber einem unerfahrenen Bauersmann, der ein Objekt in Besitz nimmt, von dessen Werth er gar keine Ahnung hat, benachtheiligen?

Zu § 6. cf. das zu Strohal Gesagte.

§ 7 entzieht dem Vermiether und Verpächter die Möglichkeit, durch Geltendmachung ihres Besitzrechtes Miether und Pächter gegen Dritte zu schützen. Denn ihr Besitz gilt nur für die Verjährung. Um also dem Vermiether es zu ermöglichen, seinen Pflichten gegen den Miether nachzukommen, muß dieser das Besitz-Interdikt anstellen. Welcher Miether wird Lust haben, diese Pflicht als die seine auf sich zu nehmen?

Zu § 8. Was heißt „dauernde Benutzung“ ? Werden Grundstücke, die absichtlich brach liegen, durch dieses Nichtbenutzen genützt? Oder müssen sie, um nicht den Besitz preiszugeben, eingefriedigt werden?

Zu § 9. cf. die treffende Gegenbemerkung Strohals.

Zu § 10. „Bewegliche Sachen, welche üblicher Weise im Freien aufbewahrt werden“ enthält eine offensichtliche contradictio in adiecto. Entweder ist kein „im Freien“ vorhanden oder es liegt keine Verwahrung vor. Oder sollte vielleicht Bähr den Ausschluß eigenmächtiger, d. h. von der Person des Ausschließenden nicht bewilligter Verfügungen meinen?

§ 11 sagt, daß der Besitz beendigt werde, wenn er beendigt werde;

§ 12, daß der Besitz übertragen werde, wenn er übertragen werde.

§ 13 erhebt die Besitz-Übertragung zu einem Formal-Akt.

Zu § 14, Was heißt fester Besitzstand, wenn nicht eine Willens-Bannung der Mitmenschen damit gemeint ist? Oder ist die thatsächliche Gewalt schon ein fester Besitzstand?

Absatz 2 versucht die schlimme Consequenz, die § 1 und 7 ergiebt, zu beseitigen; aber in Wirklichkeit verfehlt derselbe seine Wirkung. Denn nach § 7 ist ja der Nutzbesitzer Besitzer und der Besitz des sog. Eigenbesitzers kommt nur für die Verjährung in Frage.

Absatz 3 verschärft die Nothwehr in der unerhörtesten Weise! Wer entscheidet, ob der Inhaber ein „fremder Eindringling“ ist. Wer entscheidet, ob er nicht im Irrthum ist? Und selbst, wenn er ein Eindringling ist, so ist die Nothwehr doch nur dann zulässig, wenn sie erforderlich ist d. h. wenn keine andere Hilfe zu Gebote steht.

Zu § 16. Wie wird die Störung des Nutzbesitzers wieder aufgehoben? Und ist es gerechtfertigt, eine Entschädigung zu gewähren, ehe definttiv entschieden ist, ob eine Rechts-Verletzung vorliegt? Sollte nicht an der Entschädigung ebenso nur Besitz gewährt werden müssen, wie an der Sache? Wäre hier nicht Arrest ausreichend?

§ 17 macht die Sache ganz schlimm. Wenn der Beklagte keine Einrede aus Vergewaltigung oder Hintergehung hat, so hat

er auch kein Recht, diese Rechtswidrigkeiten zu beseitigen. Der Inhaber ist daher trotz Hintergehung und Vergewaltigung noch verstärkt berechtigt! Aber freilich, würde Bähr die Hintergehung und Vergewaltigung als den Besitz-Anspruch aufhebend anerkennen, so würde er damit voll und ganz das Ausschluß-Prinzip anerkennen. Und dann würde das Postulat der Ausübung und der thatsächlichen Gewalt im Wege stehen!

§ 18 ist überflüssig in Folge von § 231 C. P. O.

Zu § 19. M. E. kann gemeinschaftlicher Besitz nur so denkbar sein, daß jeder Mitbesitzer dem andern in der Berechtigung gleichsteht. Sonst ist in Wahrheit kein gemeinschaftlicher Besitz vorhanden. Diese Gleichberechtigung muß so wirken, daß Jeder dem Andern Verfügungen über die Sache verbieten kann. Wird dieser Zustand den Mitbesitzern unerträglich, so müssen sie Theilungsklage anstellen oder aus dem bestehenden Vertrag klagen.

§ 20. Wie entscheidet sich zwischen zwei Streitenden, wer Nutzbesitzer, wer Eigenthumsberechtigt ist? M. E. durch Nachweis des zwischen Beiden geschlossenen Vertrages. Hat dann aber noch eine Besitzklage Sinn? Oder kann das jus tertii geltend gemacht werden, ohne daß der tertius dieses übertragen hat? Das wäre ein ganz neuer und eigenthümlicher Prozeß! Es ist kaum glaubhaft, wie wenig man den Satz berücksichtigt, daß das judicium ius facit inter partes! Ich vermuthe jedoch fast, daß auch das Außerachtlassen dieses Satzes der Grund des Festhaltens am Inhaberschutz ist! Natürlich wird ein Inhaber einem Andern gegenüber als Besitzer durchdringen können, obwohl er einem Dritten gegenüber nicht durchdringt, weil sich dieser ihm gegenüber als Besitzer erweist. Ist dies Inhaber-Schutz? Ganz gewiß nicht. Es kommt lediglich auf die Prozeßgestaltung hinaus. Wird etwa deswegen ein Betrüger geschützt, weil er sich einem Andern gegenüber den er nicht betrogen hat, als publizianischer Besitzer behauptet?

Zu § 21. Wie denkt sich Bähr die Stellung eines Dritten, der behauptet, mit dem Miether eine Untermiethe geschlossen zu haben?

Zu § 22. Mit diesem § wird der alte Mißstand von dem die c. 12 Cod. VII, 32 Bericht giebt, wieder eingeführt. Durch Nachlässigkeit, Unterschleif, Betrug des Verwalters wird der Ver-

tretene seinen Besitz verlieren. Denn seine Handlungen müssen entscheiden.

Andererseits müssen wir wohl auch den Sequester, sowie den curator zu den Verwaltern zählen. Sollen diese den Vertretenen gegenüber in der „Ausübung fremden Rechts“ keinen Schutz genießen?

Absatz 3 versteht sich nicht nur von selbst, da der Vertretene unmöglich die Rechte des Verwalters willkürlich verletzen darf, sondern er ist nicht ausreichend, da auch die Nöthigung des Verwalters nur bei rechtswidrigem Angriff zulässig ist. Freilich aber ist ein solcher rechtswidriger Angriff des Verwalters gegen den Vertretenen für Bähr eine Undenkbarkeit, da der Verwalter durch Ausübung fremden Rechts und thatsächliche Gewalt Besitzer ist und deshalb durch diesen Besitz unmöglich einen rechtswidrigen Angriff begehen kann.

Wir resumiren demnach. Auch in diesem Entwurf.

1. Verquickung von Nothwehr, Selbsthilfe und Besitz.
2. In Wirklichkeit Schutz der Inhabung.
3. Vermischung des Causal-Streits mit dem Besitzstreit, von der Voraussetzung aus, daß die causa an sich schon feststehe.

---

§. 8. Fr. Klein.

Ein charakteristischer Zug gewinnt in den meisten Abhandlungen der neuesten Schriftsteller über den Besitz immer mehr Bedeutung. Man will die Besitzlehre nicht als eine aus der Beobachtung des Lebens und Verkehrs sich ergebende, sondern sie als künstlich gemacht ansehen. Das Schlagwort und der Schlachtruf dieser Richtung ist, daß die Besitzregeln „positiv“ seien. Eine u. E. völlige Verkennung der Quellen ist davon die Folge.

L. Goldschmidt hat bereits in seinem Handbuch I. 2, S. 1233 und nun neuerdings in seiner Abhandlung: Studien zum Besitzrecht (Festgabe für Gneist S. 64 ff.) den Standpunkt vertreten, daß der Besitzbegriff als ein sozialer Gewaltbegriff aufzufassen sei, daß also der Besitz „ein Machtverhältniß sei welches dem Gemeinbewußtsein als thatsächliche Herr-

schaft erscheint (S. 65).*) Er setzt dann hinzu (S. 64): Ich muß es mir versagen, an dieser Stelle die Richtigkeit meiner Auffassung aus den Römischen Quellen zu erhärten."

Und fürwahr, nicht besser kann man die Lehre von der Künstlichkeit der Besitzlehre bekämpfen. Goldschmidt steht also auf dem Standpunkte, daß die Römer allgemeine Regeln gar nicht geben und gar nicht geben wollen, sondern, daß sie Casuistik üben.

Auf diesen Standpunkt habe auch ich mich bei der Untersuchung der Quellen gestellt. Ich nehme an, daß die Römer in der Besitzlehre Casuistik im besten Sinne betreiben. Und von dieser Ansicht aus habe ich versucht, Sätze zu abstrahieren, deren Keime ich allerdings in der Begründung der Römischen Entscheidungen bereits vorfand. Die Legitimation dazu glaubte ich in der gesammten Thätigkeit der Romanistischen Doktrin und der aus ihr herausgewachsenen Handelsrechtswissenschaft zu finden. Denn, wenn anders die Romanistische Wissenschaft seit den Postglossatoren oder genauer seit Donellus eine produktive Thätigkeit entfaltet hat — die Interpretation ist immer oder sollte doch immer reproduktiv sein — so ist es die, aus der Fülle der Einzelentscheidungen ein System von Sätzen abstrahiert zu haben, deren starke Keime allerdings schon das R. R. gezeitigt hatte.

Speziell den Digestentitel 41, 2 habe ich aber immer nur als eine Sammlung von Einzelentscheidungen angesehen, nur daß ich lieber an die Unrichtigkeit von 10 modernen Entscheidungen als an die einer einzigen Römischen glaube.

Von diesem Standpunkte aus habe ich Savignys Lehre bekämpft, indem ich ihm vorwarf, daß er immer das, was die Römer für den einzelnen Fall sagen, mechanisch zu einer allgemeinen Regel erhebe. Ich habe dies (Besitz S. 7, Anm. 1, 4. Absatz) an seiner Lehre vom Besitzverlust an Grundstücken (Savigny Besitz S. 344) durch ein drastisches Beispiel illustrirt. Und es ist nicht nöthig, Iherings Arbeit (Besitzschutz S. 173) noch einmal zu thun.

---

*) Natürlich erkenne ich diesen Satz als Definition nicht an, sondern ich citiere ihn nur deswegen, weil in demselben die Bestreitung der Positivität der Besitzlehre enthalten ist.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung stehen nun die „Positiven", zu denen ich insbesondere rechne: Fr. Klein, Sachbesitz und Ersitzung, Forschungen im Gebiete des Römischen Sachenrechts und Civil-Prozesses. Ein Beitrag zur Geschichte jener beiden Institute. Wien 1891.

In einen Prinzipienstreit werde ich nicht eintreten. Eben in dieser Beziehung halte ich mich durchaus an das Positive.

Ich trete alsbald an das Stoffliche seines ersten Kapitels: Der Besitz-Erwerbsakt.

Klein behandelt hier I. den Besitz-Erwerb von Mobilien. Er geht hier exakt historisch in seinem Sinne vor und giebt zunächst einen „Abriß der im Gebiete des Besitz-Erwerbes vor sich gegangenen Entwickelung und der hier sich bekämpfenden Ansichten." Er faßt das Resultat dieser gutgeschriebenen Darstellung (S. 27) dahin zusammen: Die älteste Gestalt des Mobiliar-Besitzes war die mittelst wirklichen Ergreifens, Anfassens der Sache; Befreiung vom Zwange dieser Besitzerwerbsform, zunächst nur für einzelne Gruppen von Besitz-Erwerbsfällen, dann ganz allgemein angestrebt, das ist der Inhalt des Kampfes, dessen einzelne Phasen so gut es geht, zu restauriren versucht wurden. So gut es geht! Ich will ihm gestehen, daß auch ich schon diesen Versuch für mich gemacht habe, daß ich aber zu der Erkenntniß gekommen bin, daß dies exakt historisch nicht gut geht.

Denn sehen wir uns einmal an, wo denn die positiven Ausnahmen beginnen, so tritt uns schon vor derjenigen Periode, bei der Klein einsetzt, dem ersten Jahrhundert nach Christus, eine Ausnahme von der Regel entgegen.

Alfenus Varus, Consul suffectus im Jahre 39 vor Christi Geburt, giebt ein Responsum fr. 14 § 1 Dig. per. 18, 6.

Materia emta, si furto perisset, post quam tradita esset, emtoris esse periculum respondit; videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. Der Accusativ cum Infinitiv zeigt deutlich, daß das Responsum auch noch den letzten Satz begreift.

Weiter erzählen dann die Quellen von Trebatius (um 54 v. Chr.) fr. 5 § 1 Dig. dom. 41, 1: Trebatio placuit, statim nostram esse (scil. feram bestiam) et eo usque nostram videri, donec eam persequamur. Offenbar bedeutet hier die körperliche Berührung nichts; es ist ganz der Standpunkt der potestas

in fr. 55 ibidem; ja es ist sogar ein rein geistiger Besitz. Betrachten wir ferner fr. 1 § 2 Dig. per. 18. 6: Trebatius: Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum videri.

Und wie entscheidet Labeo? Labeo contra. Quod et verum est. Magis enim, ne summutetur signari solere, quam ut tradere tum videatur.

Wie steht es nun hier mit den positiven Ausnahmen? Trebatius erklärt, an einem Wilde sei so lange Eigenthum und doch naturgemäß auch Besitz vorhanden, als der Jäger es verfolge. Ist die fera bestia eine Sach-Quantität, welche nach Klein eine positive Ausnahme macht? Will aber Klein entgegenhalten, es sei kein Besitz vorhanden, so trägt er eben in die Quellen seinen Besitzgriff hinein; und das wäre gewiß nicht exakt historisch.

Und wie steht es mit dem dolium signatum. Ist dies eine Sach-Quantität? Man könnte darauf erwidern: Indem der Erwerber signire, berühre er ja die Sache. Aber trotz dieses Betastens will ja Labeo den Besitz-Erwerb als nicht erfolgt ansehen.

Klein erläutert das erste Entwickelungsstadium durch drei Controversen.

Die erste betrifft den thesaurus. Ich glaube, daß ihn das allerdings inveterirte Uebel der Controversen-Suche auf falsche Fährte geleitet hat. Denn zwischen dem Fall von fr. 3 § 3 Dig. pos. und fr. 15 Dig. 10, 4 kann eine Controverse deshalb nicht bestehen, weil verschiedene Thatbestände vorliegen. Es kommt hier freilich darauf an, ob man den gemeinrechtlichen Besitz-Begriff in die Lehre hineinträgt oder nicht. Neratius und Proculus sagen in fr. 3 § 3 cit nicht, daß man schlechthin solo animo Besitz erwerben könne, sondern es müsse naturalis possessio vorhergehen.

Labeo spricht in fr. 15 Dig. ad. exhib. aus, daß derjenige, welcher einem Andern den Zutritt zu seinem Grundstück verbiete, in welchem dieser seinen Schatz vergraben habe, dadurch nicht Besitzer werde. Der Gegner müsse das Interdictum exhibitorium anstellen. Der Besitzer des Grundstücks stehe ganz so, wie wenn er von dem Schatze nichts wisse.

Ich vermag in diesen Thatbeständen keine Identität zu erblicken und deswegen auch keine Controverse. In dem einen Fall bezieht sich die Ausschluß- (und Aneignungs-) Absicht auf den

Schatz selbst und der Erwerber macht zu diesem Zweck von seinem Besitz am Grundstück Gebrauch; im andern Fall bezieht sich die Ausschluß-Absicht nur auf das Grundstück. Der Prätor muß gegen diesen Mißstand durch ein Interdictum exhibitorium zu Hilfe kommen. Nur wenn man die physische Herrschaft für den Besitz-Begriff unterstellt, kommt man auf eine unlösbare Controverse. — Aus welchem Grunde Labeo solche Bestandtheile, wie Locomotion, Berührung u. dergl. verlangt, ist ganz klar. Es kommt ihm darauf an, ob der Thatbestand genügende Beweismomente ergebe, daß der Erwerber Besitz erworben habe.

Die zweite Controverse betrifft den Besitz-Erwerb des sog. Detentor.

In fr. 3 § 18 D. poss. untersucht Paulus den Fall, ob ein Depositar einen Diebstahl begangen habe, wenn er, ohne die Sache von der Stelle bewegt zu haben, nur einen animus infitiandi verrathen habe. Er entscheidet mit den Veteres, mit Sabinus und Cassius: Nein. Denn zum Diebstahl gehöre contrectatio. Klein subsumiert nun, contrectatio sei Lokomotion. Allein ganz offensichtlich behandelt ja die Stelle die Frage, ob man ohne Lokomotion stehlen könne. Und es wird geantwortet, der animus infitiandi genüge dazu noch nicht, sondern es müsse contrectatio vorliegen. Contrectatio ist deshalb in keiner Weise mit Lokomotion identisch, weil nach § 6 Instit. IV, 6 amotio erst dann der contrectatio gleichsteht, wenn sie intercipiendi causa geschieht. So lange man aber das Verhältniß zur Sache als das maßgebende betrachtet, wird man diesen Gegensatz nicht verstehen.

Sehen wir aber davon ab, so liegt auch kein Widerspruch zu fr. 9 § 9 R. C. 12, 1 vor. Der Deponent schließt sich aus, indem er in das depositum irregulare willigt und der Depositar schließt den Deponenten aus, indem er dasselbe annimmt. Eine reservatio mentalis kann der Depositar natürlich nicht machen. Und es kommt darauf nicht an. Denn im Falle des Streits hätte der Condizent nur zu beweisen, daß er das Geld an den Depositar abgeliefert und in den Gebrauch gewilligt habe. Damit hätte er nachgewiesen, daß er die das mutuum perfizierende datio vollzogen habe.

Was den dritten Fall betrifft, so sagt eben jener Labeo, welcher die Signirung und die dadurch zweifellos erfolgte Berühr-

ung der Sache als nicht ausschlaggebend betrachtet, weil sie den Ausschlußwillen keineswegs immer bekunden — ein Standpunkt, über den sich streiten läßt —, so sagt eben jener Labeo: Quarundam rerum animo apiscimur possessionem. Was will er damit sagen? Der animus kann unmöglich die Sache in unsere Gewahrsame bringen. Das kann Labeo nicht gemeint haben. Vielmehr will er sagen: Ohne daß wir irgend eine custodia, ein Ausschlußmittel setzen, erwerben wir durch eine Abfindung mit dem Tradenten Besitz.

Warum aber hebt er dies hervor? Die Antwort ist die: Labeo kommt es darauf an, festzustellen, welche Thatumstände dasjenige Verhältniß zu beweisen im Stande sind, das man Besitz nennt. Während nun bei leicht transportablen Sachen der Besitz-Erwerb dann nicht wahrscheinlich ist, wenn sie der Erwerber nicht in seine Gewahrsame genommen hat, spricht keine solche Vermuthung gegen den Besitz-Erwerb schwer beweglicher Sachen.

Nur ein Zusatzwort: „Erfahrungsgemäß“ macht den ganzen Sinn der Stelle klar: Erfahrungsgemäß erwirbt man an gewissen Sachen nur durch Wollen Besitz.

Die Verwechselung also der den Beweis liefernden Thatsachen mit den zu beweisenden Thatsachen ist es, welche man der Interpretation seit Savigny zum Fehler anrechnen muß.*) Die beweiserbringenden Thatsachen sind unbeschränkt. Die Römischen Juristen exemplifiziren mit ihren Bescheiden und Ausführungen, wollen aber nicht mit jeder Entscheidung ein Prinzip vertreten.

Und eben diese Verwechselung hat aus der Römischen Besitzlehre eine rein formalistische geschaffen. Da sich aber die Form nun einmal nicht an das Wesen binden läßt, so kam man dadurch in Widersprüche. Aus diesem Widerspruch sucht uns Klein zu befreien, indem er durch seine historische Darstellung nachweisen will, daß alle jene Erfordernisse positiv, d. h. formalistisch, mithin diese Akte Formal-Akte seien. Wir glauben aber, abgesehen von den bereits angeführten Stellen nicht erst zeigen zu

---

*) Dies habe ich auch Krasnopolski entgegenzuhalten, wenn er in seiner Kritik (Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Band 39) die beweist, daß er mich ganz und garnicht verstanden hat, mir f. 44 D. poss. vorreitet.

müssen, daß diese Akte keineswegs einförmig waren, sondern stets dem Falle entsprechend andersgeartet. Zu einem Formal-Akte aber gehört zweifellos eine ganz bestimmte anerkannte Form. Von einer solchen Form ist aber nirgends die Rede.

Als historisch wahrscheinlich ist aus der oben gegebenen Entwickelung höchstens das zu entnehmen, daß infolge des Ueberwiegens der Ansichten einzelner hervorragender Juristen über die beweiskräftigen Thatsachen der Römischen Besitzlehre zeitweilig die Gefahr drohte, aus dem Besitz-Erwerb einen Formal-Akt zu schaffen, — ganz so wie heute.

Ein seltsamer Widerspruch ist es, wenn Klein (S. 28) den Formalismus des Erwerbsaktes so rechtfertigt: „Im Begriff der Formalität ist es zugleich begründet, daß sie positiv (Recht, Sitte) angeordnet, nie ursprünglich und selbstverständlich ist.“ Für mich sind Recht und Sitte Gegensätze. Jenes ist positiv angeordnet und kann ohne positiv gewesen zu sein, ursprünglich und selbstverständlich sein. Die Sitte aber wird Sitte, weil sie jedem selbstverständlich wird. Die buntscheckige Reihe von Formen des Besitz-Erwerbes zeigt aber, daß auch von einer zur Sitte gewordenen für jeden Besitz-Erwerb geltenden Form nicht die Rede sein kann. Etwas ganz anderes ist es, wenn der Geschäftsverkehr gewisse Symbole benützt, um den Besitz-Erwerb zu bekunden. Dadurch allein wird der Besitz-Erwerb nie zum Formal-Akt. Denn das Signieren der Balken ist ein conventionelles Symbol, aber kein juristischer Formal-Akt. Die Balken können auch anders übergeben werden.

Die komischen Seiten der Sache will ich hier nicht näher ausmalen; möchte aber doch fragen, ob Klein auch den diebischen Besitz-Erwerb von solchen positiven Formal-Akten abhängig machen will (fr. 3 § 18 poss.).

Das Animus-Erforderniß ist nach Klein in keiner Weise natural. Diese Gestaltung des Besitz-Erwerbs sei durchaus reflektirt und theoretisch, ein Machwerk der Juristen. Darauf läßt sich nicht viel erwidern. Es kommt darauf an, an was die Römischen Juristen ihre Reflexionen angeknüpft haben. M. E. an sehr konkrete Thatbestände.

Um aber das Positive der Erfordernisse des Besitz-Erwerbes durch fernere Thatsachen zu beweisen, verweist Klein auf das

Mancipations-Rituale. Er findet für die „so eigenthümliche, so räthselhafte Verbindung von animus und Adprehension im Besitz-Erwerbs-Akte in der Mancipation eine frappirende Analogie."

Das Naturgemäße scheint nun doch, in dem Formal-Akte der Mancipation die Wiederholung eines natürlichen Vorgangs, der zum Besitz führt, zu erblicken. Damit würde es trefflich harmonieren, wenn wir mit Ihering und Bechmann die zeitliche Priorität des Besitzes vor der Mancipation annehmen. Und selbst bei der Annahme, die mancipatio sei älter als der Besitz-Schutz muß doch die imaginaria venditio also die imago einer venditio den natürlichen Akt des Gebens und Nehmens nachahmen. Nimmt man endlich an, die Mancipation sei erst mit der Zeit imaginär geworden, so war sie um so mehr ein naturales Geschäft.

Wenn nun dabei das adprehendere körperlich verlangt wurde, so ist das aus der Bildlichkeit des Aktes sehr gut zu erklären.

Denn das Bild verlangt einen plastischen Vorgang und dieses Bild würde unvollständig sein, wenn es nicht ein Ergreifen der Sache zur Darstellung brächte.

Klein erblickt aber noch in einer Reihe von anderen Punkten eine Positivität, welche der Besitz-Erwerbsakt mit der Mancipation gemein habe.

A. In der durch das Erforderniß der Lokomotion gebotenen Anwesenheit der Sache.

Aber er giebt selbst zu, daß dieses Erforderniß seine Strenge allmählich eingebüßt habe. — Die Anwesenheit und Alles dem Aehnliche hat den Schriftstellern viele Schwierigkeit gemacht. Die Annahme, daß die Anwesenheit als Erforderniß des Besitz-Erwerbes aus der Mancipation entlehnt sei, hat keinen Beweis für sich. Während ich in den Quellenstellen über den Besitz-Erwerb Untersuchungen über den Thatbestand erblicke, kann ich bei der Mancipation nur annehmen, Gründe der Sicherheit hätten hier den Ausschlag gegeben. Es galt Verwechselungen zu vermeiden.

Und dies ist auch der Grund, weshalb der Römische Geschäfts-Verkehr, nicht die Jurisprudenz sua sponte, beim Besitz-Erwerb an plastischen Akten festhielt. Deshalb nehme ich an, sieht auch Labeo in dem Markiren des Weinfasses nur die Verhütung einer Verwechselung nicht den Besitz-

Erwerb. Und ich glaube, daß der nämliche Gedanke auch dem demonstrare a turre (fr. 18 § 2 poss.) zu Grunde liegt. Das demonstrare a turre ist keine Form des Besitzerwerbes, sondern nur ein Akt, in dem sich die Willens-Einigung äußert. Sie selbst trägt in sich nur denjenigen Zweck, welchen die technische demonstratio auch bei Verträgen, wie der Stipulation hat. Sie ist Bezeichnung der species. Und weil in der Zeichnung eines Fasses nur der Zweck liegen kann, dasselbe vor Verwechselungen zu schützen, will Labeo darin keine den Beweis des Besitz-Erwerbs erbringende Thatsache erblicken. Nehmen wir dies an, so ist in dem Erforderniß der praesentia mehr Vernunft als man sonst irgend finden könnte; zur Unvernunft aber wird es, wenn man es zum Element des Besitz-Erwerbs erhebt.

B. Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Mit Aufwand großen Apparates sucht Klein uns die Positivität des Besitz-Erwerbsaktes an diesem Satze darzulegen.

Er sucht deshalb zu beweisen, daß in älterer Zeit nur bestimmte Erwerbsgründe causae possessionis waren.

Gleich hier tritt uns ein Bedenken durch die Existenz des Titels pro possessore entgegen.

Ulpianus 73 ad. Ed. 41, 2. Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur. Es ist ja ganz richtig, wenn Ulpian fr. 11 § 1 Deg. per pel. 5, 3 sagt: pro possessore possidet praedo. Aber daß der Gegner ein praedo sei, wird der Erbschafts-Kläger offenbar beweisen müssen.

Keineswegs so cholerisch dachte man in älterer Zeit:

fr. 11 pr. sed an is, qui scit se heredem non esse, pro herede possident, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit.

Und ebenso nahm die ältere Zeit bei dem bösgläubigen Käufer einer Erbschaftssache im Gegensatz zu Ulpian, der merkwürdiger Weise hier wieder possessio pro emto erblickt, possessio pro possessore an: fr. 13 § 8 ibidem.

Das läßt doch an der Beschränktheit der causae poss. besonders für die ältere Zeit stark zweifeln.

Aber selbst angenommen, die causae possessionis seien beschränkt gewesen. Sollte der Prätor den Interdictschutz von der

causa possessionis abhängig machen? Ich glaube, daß dann das Interdict überhaupt illusorisch gewesen wäre.

M. E. faßt Klein den Satz nemo sibi durchaus unrichtig auf.

S. 42: Das Wollen des Besitzers als isolirte juristische Thatsache, als einziger, durch weiter Nichts unterstützte Motor, hat keine Macht über den Besitz-Erwerbsgrund.

S. 43: Der Besitzer kann den Erwerbsgrund seines Besitzes, so lange dieser Besitz fortdauert, nicht durch einseitige That, sondern nur dann verändern, wenn sein bezüglicher Wille zu diesem Behufe durch den auf gleiches Ziel gerichteten Willen anderer Personen unterstützt wird, d. h. nur im Wege zweiseitigen Rechtsgeschäftes.

Der erste Satz konnte uns noch im Zweifel lassen; im zweiten Satz ist aber der Besitz-Erwerbsgrund erläutert. Besitz-Erwerbsgrund ist nach Klein nicht das Motiv, welches den Erwerber zum Besitz-Erwerb geführt hat, sondern es ist das spezielle Geschäft. Das scheint mir nun sehr weitgehend. Ein putativer Erwerbsgrund würde dann auch den Besitz selbst in Frage stellen.

Die causa adquirendi und causa possessionis muß doch genauer unterschieden werden.

Die causa possessionis ist das durch das Verhalten des Erwerbers hervorgetretene Rechtsmotiv desselben, also alles das, was der Erwerber gethan hat, um den Besitz zu erlangen. Daher keineswegs das Rechtsgeschäft, sondern das, was er seinerseits gethan hat, um das Geschäft zu schließen. Dies kommt m. E. nur für die Ersitzung in Betracht, insoweit Besitz vorhanden ist.

Aber der Satz nemo sibi ipse ist auf das Axiom ausgedehnt, daß auch der naturalis possessor sich nicht spontan zum civilis possessor machen könne. Und zwar durchaus mit Recht. Denn, wenn der Erwerber seinerseits nur das gethan hat, was zur naturalis possessio führt, wenn er also etwa als Miether oder Pächter in possessione ist, so ist er nicht Besitzer und kann sich nur durch Rechtsbruch spontan zum Besitzer machen. Weder im Motiv noch in der Absicht hat er ausschließen wollen und er hat auch nicht ausgeschlossen. Denn er wird, indem er die Sache nutzt, nur naturalis possessor. Diese selbst begründete „causa“ kann er nicht sua sponte ändern. Wie dieser zweite Fall des Satzes

auf die Interdikte Anwendung fand, ist an anderer Stelle zu untersuchen.

C. Besitz-Erwerb des Pupillen. Ich trete Klein bei, wenn er hier positive Rechtssatzung annimmt. Aber m. E. beweist dies doch Nichts für die Positivität des Besitz-Erwerbs-Aktes.

Die Besitz-Erwerbshandlung verlangt, eben weil sie eine In-beziehung-Setzung zu den Mitmenschen ist — denn die Beziehung zur Sache kann auch ein Thier und ein furiosus herstellen — einen Intellect; keinen Intellect des Werthes, der Bedeutung, des Wesens der Sache, sondern den Intellect, welcher sich des Ausschlusses Anderer bewußt zu werden im Stande ist. Aber weil dies etwas sehr schwer Wahrnehmbares ist und andrerseits ein ganz freier Spielraum für das richterliche Ermessen bedenklich erscheint, setzt das Recht eine bestimmte Altersgrenze. Was bedeutet diese Altersgrenze?

Gehen wir hier vom Strafrecht aus. R.St.G.B. 55 sagt: Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden.

Damit spricht das Str.G.B. den Satz aus: Ein Kind unter zwölf Jahren kann ein Delikt begehen. Mit vollem Recht. Denn es giebt erstaunlich intelligente Kinder gerade unter der kleinen Welt der Diebe, denen es durchaus nicht an der zur Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderlichen Einsicht fehlt.

Es fragt sich nun, ob wir hier eine praesumtio iuris et de jure anzunehmen haben. M. E. nicht. Denn der Paragraph fährt fort: Gegen denselben können jedoch die zur Besserung 2c. 2c. geeigneten Maßregeln getroffen werden.

Was das Str.G.B. hier normiert, ist also keineswegs das Faktum, die That, sondern lediglich die Rechtsfolgen.

Aber selbst, wenn wir eine praesumtio iuris et de jure annehmen, so läuft doch diese nur wieder auf eine Normierung der Rechtsfolgen hinaus. Denn die Rechtsordnung will das im einzelnen Fall vorhandene Verständnis der Strafbarkeit nicht austilgen, sondern sie will es nicht beachten, weil sie in Anbetracht der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnis lieber einzelne Delinquenten dispensiert sehen, als zahllose, denen das Verständnis fehlt, der Gefahr der Verurtheilung aussetzen will.

Ebenso verhält es sich m. E. mit dem intellectus possidendi. Ich will nicht leugnen, daß ich besonders beim Besitz-Erwerb diese praesumtio für nicht berechtigt halte. Praktisch würde übrigens jeder Schwierigkeit abgeholfen, wenn nachträgliche Einwilligung des Mundwalts für zulässig erklärt würde.

Wenn aber das R. R. eine solche Altersgrenze festsetzte, so leugnet es damit nicht den Thatbestand des Besitz-Erwerbes, sondern es will ihn nicht beachtet sehen, weil erfahrungsgemäß Kinder unter 7 Jahren den intellectus possidendi nicht haben resp. weil erfahrungsgemäß impuberes infantia maiores denselben nicht haben. Es handelt sich daher selbst hier mehr um Beweisfragen, als um Thatbestandsfragen.

D. Besitz an freien Menschen.

Für uns ist die Sklaverei eine Fiction und durchaus positiv. Nicht nur, daß sie unsere humanitären Empfindungen gröblich verletzt, wir erkennen im Menschen das Selbstbestimmungs-Vermögen an und halten deshalb die Sklaverei für ein in sich unnatürliches Institut.

Ist dieser letztere Standpunkt vollauf gerechtfertigt? Bei voller Sympathie für alle Bestrebungen gegen die Greuel des Sklavenhandels und bei voller Zustimmung zu den Bestrebungen, das Sklaventhum aus der Welt zu schaffen, bin ich der Meinung, daß die Sklaverei nicht immer Fiktion gewesen. Denn die historische Thatsache läßt sich nicht abstreiten, daß es zu allen Zeiten so weit klaffende Gegensätze zwischen verschiedenen Menschenraçen gegeben hat, daß der Mensch niedrigster Kultur, sobald er mit dem Menschen höherer Kultur in Berührung kam, infolge des großen Abstandes geistiger und sittlicher Entwickelung in einem natürlichen Abhängigkeits-Verhältnis stand. Wo die Humanität und namentlich moderne Prinzipien sich Bahn schufen, da wurde aus dem Sklaventhum eine Art familienrechtlicher Abhängigkeit; aber die Abhängigkeit bestand, wenn auch durch die Humanität versittlicht.

Die Sklaverei wird jedoch überall zur Fiktion, wo der Sklave sich mit dem Herrn auf ein gleiches geistiges und sittliches Niveau aufgeschwungen hat; sie wird zur Karrikatur, wo der Sklave, wie in Rom mitunter, geistig und sittlich höher steht, als sein Herr. Dann kommt der Widerspruch zwischen dem favor libertatis einer-

und den grausamen gesetzlichen Maßregeln, durch Mißtrauen, Furcht und Eifersucht diktiert, andererseits.

Was ist aber nun beim Sklaventhum eigentlich positiv? Ich behaupte: eben das nicht, was den Besitz in allen andern Fällen zur Erscheinung bringt, die Beziehung zu den Mitmenschen. Positiv ist nur die Beziehung zu dem Sklaven selbst, soweit sie nicht durch die natürliche geistige Unterworfenheit gegeben ist. Ueber den entwickelten Menschen ist dem Menschen von Natur keine Macht gegeben, wie über die Sachen und selbst die Moventien.

Hier ist die Macht über das Objekt eine erst rechtlich autorisierte servitus faciendi, während sie bei Moventien natürlich gegeben ist. Nicht also im Besitz besteht die Fiktion, sondern in dem Verhältnis, durch welchen der Besitz einen Zweck erhält. Eben deshalb ist auch die potestas über die Kinder und Haushörigen keine Fiction.

Demnach handelte es sich beim Besitz an Sklaven stets um zweierlei völlig getrennt zu Haltendes:

a) das Verhältnis zu dem Menschen selbst,

b) das Verhältnis zu den Mitmenschen.

Der erste Fall betrifft den Streit, ob der Mensch im Besitz seines Selbstbestimmungs-Vermögens (der libertas) ist resp. ob er frei ist oder Sklave. Diese Frage ist sachlich ein Streit zwischen dem Gegner, der Besitz oder Recht behauptet und ihm, prozessual ein Streit mit seinem vindex.

Der zweite Fall hat stets zur Voraussetzung das scheinbare oder wirkliche Sklave-Sein des homo. War die erste Frage nicht streitig, so erledigte sich Besitz- und Eigenthums-Streit, wie bei andern Sachen. War dieselbe streitig, so war dies wahrscheinlich ein Fall des Edikts: Quibus causis praejudicium fieri non oportet, (cf. Lenel Ed. Perpet. S. 140) in welchem allerdings die Vindizien secundum libertatem ertheilt wurden.

Für das Verhältnis zwischen angeblichem dominus und angeblichem Sklaven sind nun folgende Fälle denkbar:

A. Besitzstreit. —

B. Vindication. Hier ist folgendes möglich:

a) vom Bewußtsein des angeblichen Sklaven aus

α. er kann seine Unfreiheit annehmen und sich als Sklave gerieren (bona fide servire),

β. er kann seine Unfreiheit annehmen und sich als Freier gerieren (mala fide in libertate morari),

γ. er kann seine Freiheit annehmen und sich als Freier gerieren bona fide in libertate esse,

δ. er kann seine Freiheit annehmen und sich doch als Sklave gerieren: male fide servire.

Daß dieser letztere Fall in Rom durchaus nichts seltenes war, beweist das Edikt: Si quis, cum se liberum esse sciret, dolo malo passus erit se pro servo venum dari.

b) Vom Bewußtsein des angeblichen dominus aus. Hier gilt im Wesentlichen das Sachenrecht.

Ueber alle diese mannigfaltigen Fälle erhalten wir durch Kleins exakte historische Methode so gut, wie keine Auskunft. Lenels Edictum Perpetuum, das zweifellos zum Studium dieser historischen Frage herangezogen werden mußte, hat der Verfasser gar nicht citiert und aus dem Inhalt müssen wir stark vermuthen, daß er dieses für den Quellennachweis unter allen Umständen unentbehrliche Werk gar nicht verwerthet hat.

Hätte Klein diese beiden Elemente beim Sclaven-Besitz auseinandergehalten, so würde ihm dasselbe nicht als Räthsel erschienen sein.

Aus dieser Unklarheit erklärt sich auch die Annahme eines mala fide Besitzes an einem freien Menschen, den Iavolenus verneint. In welcher Beziehung verneint er ihn? Aus fr. 23 § 2 poss. ergiebt sich, daß er den Besitz im Verhältnis zu dem homo meint. Man kann dies als positiv bezeichnen, indem man auf das secundum libertatem vindicias dicere verweist. M. E. ist es aber der einfache Gedanke, daß sich hier vis und mala fides gar nicht trennen lassen. Denn, wenn Jemand wissentlich denjenigen, welcher frei zu sein behauptete, fesselte oder anderweit in Gefangenschaft führte, so vergewaltigte er ihn. Ihm stand daher gegen den fortdauernden Zwang fortdauernd der Satz vim vi repellere licet zu Gebote. Ein mala fide begonnener Besitz war daher ihm gegenüber stets vitioser Besitz im eminentesten Sinn. Das vindicias dicere kam natürlich auch in diesem Fall zur Geltung, wenn sich der homo nicht selbst zu helfen gewußt hatte, aber es diente nicht allein diesem Falle. Es diente dem homo auch dann, wenn er bona fide servieus zur Kenntnis seiner Freiheit gelangte, oder

gegründete Nachrichten über seine Freiheit erhielt und nun durch einen vindex in libertatem proclamavit.

Offenbar sind dieses Verhältnis und das der res extra commercium völlig verschiedene Dinge. Bei den res extra commercium kommt ein Wille des Objekts nicht in Frage; in dieser Beziehung ist alles dem Sach-Besitz gleichgestellt. Aber allerdings konnte auch hier ein praejudicium nöthig sein. Wir wissen über dasselbe nichts Näheres. Ob das secundum populum vindicias dicere sich auf res extra commercium oder nur auf res in patrimonio populi Romani bezog, ist streitig, weil die Grenze streitig.

Für den Besitz-Schutz öffentlicher Sachen gab es eine Reihe von Spezial-Interdikten. Je nachdem man den Staat begrifflich construiert, ist das Subject oder sind die Subjecte verschiedene, oder es ist kein Subject vorhanden, sondern nur Vertretung oder Ersatz eines nicht vorhandenen Subjects. Diese Frage berührt aber nicht die Besitzlehre, sondern das Personenrecht. Welches der Standpunkt des Römischen Rechts gewesen sei, ist zu streitig, als daß man aus ihm Argumente für einen Besitz ohne Subject entnehmen könnte. Für mich ist der Begriff des Staats eine Denk-Abbreviatur, durch welchen man den Mechanismus der Willensbethätigung der verfassungsmäßig in öffentlichen Dingen willensberechtigten Personen zu einem Ganzen zusammenfaßt. Ich vermag daher auch im Besitz des Staates einen Besitz ohne Willen nicht anzunehmen; ebensowenig beim Besitz der toten Hand. Doch durch diese Betrachtung wird der Streit von unserem Thema abgelenkt.

Während Klein den mala fide Besitz am homo für möglich hält, leugnet er (S. 54) den mala fide Besitz an res extra commercium. Auch hier leidet die Darlegung an einer Unklarheit, welche aus der Vermischung des präjudizialen und Hauptverhältnisses entstanden ist. Auch hier ist zweierlei zu trennen

a) ob die res extra commercium sei,
b) ob die res besessen sei.

Die erstere Frage betrifft das Willens-Verhältnis zur Ge-Gesammtheit resp. zum populus Romanus, die Zweite das Willens-Verhältnis zu den Mitmenschen als Privat-Personen.

So könnte Jemand eine Sache mala fide im Verhältnis zur Gesammtheit, bona fide im Verhältnis zu Privat-Personen besitzen.

Und bei jenem mala fide Besitz ist violenta possessio nicht nothwendig, weil die Sache keinen Willen hat.

Dasselbe Verhältnis waltet bei den res divini iuris ob. Auch hier scheinen indeß die Vindizien secundum religionem gesprochen zu sein: fr. 30 § 1 Dig. 41,2! namque locum religiosum aut sacrum non possimus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus: sicut hominem liberum. Hier wird Kenntnis der Religiosität des Grundstücks, also mala fides supponiert. Aber selbst in Unkenntnis vorgenommene Occupation mußte zurückgenommen werden f. 1 pr. Dig. 43,6: Ait Praetor: In loco sacro facere inve eum immittere quid veto. Bestritt der faciens oder immittens die Sacertät, so wurden, dies ergiebt sich aus der Gleichstellung mit dem homo, vindiciae secundum sacertatem gesprochen. Vielleicht ist dies der Grundgedanke der so übel ausgedehnten Spolienklage. Natürlich gilt dies Prinzip nicht einer öffentlichen Behörde oder dem Staate gegenüber, da hier zum wenigsten par potestas, wenn nicht sogar maior potestas vorliegt. Und wohl gemerkt: die Vindizien-Ertheilung verschiebt nicht das Beweis-Verhältnis!

Demgemäß erklärt sich auch fr. 1 § 6 Dig. poss. völlig anders: Sed et per eum, quem bona fide possidemus, quamvis alienus sit, vel liber, possessionem adquirimus. Quod si mala fide eum possidemus, non puto adquiri nobis possessionem per eum. Sed nec vero domino, aut sibi adquiret, qui ab alio possidetur. Da es sich hier um den Besitz-Erwerb durch den homo handelt, so kommt offenbar das Verhältnis zu Dritten in Frage, nicht das zum homo, insoweit es sich nicht um den Erwerb für seine Person handelt. Diese wird allerdings hinfällig, wenn er in servitute morans trotzdem für sich hat erwerben wollen.

Eine weitere Verwechselung ist es, wenn Klein sagt (S. 56):

„Da dies — das Qualifizieren als Besitz-Verhältnis — beim Verhältnis zum Hauskind statt hatte, ist gar nicht einzusehen, warum für das Verhältnis der in manu Befindlichen nicht Gleiches möglich gewesen sein sollte.“ Da Klein, wie ich aus verschiedenen Anmerkungen ersehe S. 173 Anm. 39. 40. 42. S. 176 A. 49, meine Abhandlung gelesen hat, so hätte er die Fragen nicht so ganz ignorieren dürfen, weshalb die in manu mancipiove

Befindlichen nicht in der potestas des Berechtigten gewesen sind. Eben Gajus II, 90 beantwortet diese Frage: Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus. Ich weiß nicht, ob Klein auch gegen die Gegnerschaft des Gajus „das Bewußtsein stärken kann, nirgends mehr behauptet zu haben, als wofür sich ernste sachliche Gründe beibringen ließen und beigebracht sind". (Vorrede.)

Daß die in manu mancipiove Befindlichen nicht besessen wurden, erklärt sich sehr einfach, wenn man den Gegensatz zwischen negativem und positivem Recht anerkennt.

E. Besitz an Heerden.

Scylla und Charybdis, sagt Klein (S. 62) Eigenthum und Vindication ohne Besitz — Interdikten-Besitz, aber kein Usucapionsbesitz und zwar letzteres nicht wegen des Mangels anderer Erfordernisse, sondern — wie Pomponius deutlich sagt — weil nur die singula animalia, nicht der grex besessen werden können.

Zu den ersten Bedingungen historischer Forschung gehört die Unbefangenheit. Alles Lob daher dem Verfasser, daß er die neuere Literatur und die Glosse eifrig zu Rathe gezogen hat, aber trotzdem halte ich es für unhistorisch, wenn man aus zweiter Quelle schöpft.

Sehen wir zunächst vom fr. 30 § 2 Dig. 41,3, welches den Stein des Anstoßes giebt, ab, so beweisen die in Betracht kommenden Stellen sämmtlich, daß ein grex vindiziert werden könne. fr. 1. § 3. 2. 3 pr. 23 § 5. 56 R. V. 6, 1. fr. 21 § 1 D. exceutis rei iud. 44, 2. —

Es ergiebt sich ebenso (fr. 25 § 3 D. 6,1. — fr. 21 § 1 D. 44,2) daß auch die singula corpora vindizirbar sind. Also neben einander Vindication des grex und der singula corpora. Dementsprechend sollte man nun annehmen, es müsse Besitz sowohl am grex als an den singula corpora bestehen können. Für uns hat dies Nichts Unnatürliches, da wir den Besitz nicht in einer Beziehung zu der Sache, sondern in einer Beziehung zu den Mitmenschen hinsichtlich der Sache erblicken. Und wir können uns

neben dem grex als einer Pluralität, welche in ihrer wirthschaftlichen Behandlung, in Wartung und Pflege, sowie im Austausch als Eines behandelt wird, ein singulare denken, dessen Fehlen oder Ausfall den grex noch nicht beseitigt. Wir brauchen daher kaum auf das *συνημμένον* einzugehen, welches in den Pertinenzen auch res distantes zu Theilen hat; wir wollen nicht auf das philosophische Problem eingehen, ob denn überhaupt ein Körper, ein *ἡνωμένον*, nicht eine Vielheit von Atomen oder Molekulen sei, die in minimalkleinen Räumen von einander abstehen.

Für uns also hat das Nebeneinanderbestehen von Vindikation der Heerde und der einzelnen Viehstücke ebenso wenig Schwierigkeit, wie das des Besitzes an Beiden.

Klein und die Glosse sieht mit vielen andern Gelehrten die gegentheilige Behauptung in fr. 30 § 2 Dig. 41,3:

De tertio genere corporum videndum est; non autem grex universus sic capiatur usu, quomodo singulae res; nec sic, quomodo cohaerentes; quid ergo est? Etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat; non item tamen universi gregis ulla est usucapio; sed singulorum animalium sicuti possessio; ita et usucapio: nec si quid emtum immixtum fuerit gregi, augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex dominii mei fit, haec quoque ovis. sed singulae suam causam habebunt; ita, ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur.

Aus dieser Stelle will nun Klein herauslesen, daß Besitz und Ersitzung nicht anerkannt sei. — Ulpian macht vorher den Unterschied von

a) quod uno spiritu continetur, quod unitum vocatur.
b) quod ex contingentibus constat.
c) quod ex distantibus constat.

Auf das Letztere eingehend sagt er nicht: grex non magis usucapitur quam singulae res aut cohaerentes, sondern: der grex wird nicht so ersessen, wie Sach-Einzelheiten (a) noch wie Cohärentien (b). D. h. Sach-Einzelheiten werden als solche ersessen, ebenso werden die contingentes res in den Cohärentien ersessen; das ist anders bei Distanzien. Und er sagt weiter: Wenn daher eine Heerde durch neue Stücke vermehrt wird und wenn sie auch trotz der Erneuerung durch andere Stücke immer noch Heerde bleibt,

so wird nun diese ganze neue Heerde nicht weiter ersessen, d. h. die neu eingebrachten Stücke, eben weil es sich um eine Sache, die ex distantibus constat handelt, in der ganzen Heerde nicht mit, sondern neben dem Besitz und der Ersitzung des alten Theils der Heerde als (wenn auch veränderte) Heerde besteht Besitz und Ersitzung an den neu eingebrachten Stücken selbständig. Die neu eingebrachten Stücke verändern nicht ihre causa possessionis dadurch, daß sie Theile der Heerde werden; deshalb kann der Rest der alten Heerde (durch Ersitzung) Eigenthum werden, ohne daß es deshalb die eingebrachten Stücke werden. Sind die eingebrachten Stücke gestohlen, so machen sie nicht die ganze Heerde furtiv, sondern sie selbst sind es.

Ich begreife nun nicht, wie darüber ein Streit bestehen kann, daß der Vindicant die Heerde als solche vindizieren kann. Wäre dem nicht so, dann wäre die vindicatio gregis nicht vindicatio gregis, sondern vindicatio singulorum corporum. Denn der Beklagte hätte einfach das Eigenthum an jedem einzelnen Stück leugnen und so die Klage in eine Unzahl von Vindikationen der einzelnen corpora umwandeln können. Da aber der Kläger hunco gregem meum esse intendirt hatte, so war doch der Erwerb des grex zum Beweise verstellt. Der Beklagte konnte dann die einzelnen Stücke contravindizieren: fr. 23 § 5 D. R. V. 6,1: at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves: ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus; sed et te arietem vindicare posse. — Freilich aber konnte der Beklagte leugnen, daß das betr. Stück zur Heerde gehöre.

Die Heerde als solche wird demnach in Besitz genommen, ganz so wie ein Guts-Besitz, welcher aus distanten Theilen besteht. Das ist freilich nur dann zu verstehen, wenn man im Besitzerwerb einen geistigen Vorgang erblickt. Ich zweifle daher daran, daß keine „demonstratio“ in solchem Falle angewandt wurde; gewiß wurden auch hier die einzelnen Nummern inventarisirt; nur so war ein Consens möglich.

Da mochte denn ein oder das andere Stück zurückbleiben und dann mit der actio emti eingeklagt werden. Auch diese wäre ja aber unmöglich, wenn die Römer nicht anerkannt hätten, daß das

gekaufte corpus ex distantibus corporibus bestehe. Wurde ein Stück aus der Heerde entfernt, so konnte das Interdictum retinendae possessionis angewendet werden und zwar auch als Besitzklage aus der Heerde, so gut wie wenn von dem ager nur ein Stück occupirt gewesen wäre. War ein Stück der Heerde bei der Tradition in den Händen eines Dritten geblieben, so mußte der Käufer sich zunächst an den Verkäufer halten und sich von diesem die vindicatio cedieren lassen. War aber dem Käufer durch Irrthum oder anderweit ein Stück abhanden gekommen, so konnte die vindicatio doch vindicatio gregis sein, und zwar partielle, denn der Kläger konnte doch nur seine Klage durch den Erwerb des grex fundieren und that jedenfalls besser daran, weil er sonst eventuell dem Beklagten den Nachweis seines Eigenthums, d. h. die contravindicatio erspart hätte.

Nach alledem sehe ich im Besitz der Heerde nichts künstlich Gemachtes, nichts Erdachtes, sondern nur natürlich Gewordenes. Wenn nun Klein, um die Abkunft des Besitz-Erwerbs-Aktes aus der Mancipation und seine Positivität zu beweisen, Folgendes sagt: „Der Vindication von Heerden und in Folge dessen der in iure cessio stand — und diese Differenz ist ungemein bedeutungsvoll — nach Gajus IV, 17 bekanntlich Nichts im Wege. Vindication und in iure cessio einer Heerde — aber Mancipatio blos der singula capita, so stützt er diese Hypothese rein auf Iherings Annahme, daß nach älterem Recht die von Ulpian (in XIX, 6) berichtete Möglichkeit, mehrere res mancipi auf ein Mal im selben Akte zu mancipieren, nicht bestand. Aber ganz abgesehen von dieser aus zweiter Quelle stammenden Begründung, hat sich Klein vergegenwärtigt, was die iure cessio ist?

Sie ist Übertragung durch eine in Legis-Aktionen-Form vorgenommene Schein-Vindication der Sache (der servitus): in iure redit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit praetor. Und wie vollzieht sich die Vindication? Gajus IV, § 18: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat. Und damit ja kein Mißverständnis obwalten kann, citieren wir noch Gajus II § 34: is cui res in iure ceditur, rem teneus ita dicit: h. e. h. cet et. —

Wenn wir nun das Fazit aus dem A—E gewonnenen Gesichtspunkten ziehen, so wird uns Klein verzeihen, wenn wir

von jenem Vollmaaß der Überzeugung von der Richtigkeit seiner Ansichten weiter entfernt sind, als in dem Augenblick, in dem wir das Buch zu lesen angefangen hatten.

Wir resumieren

1. Manzipation und Besitz-Erwerb sind nicht Parallelen, nicht congruent, sondern die Manzipation nimmt wie die in iure cessio Adprehension in sich auf.
2. Der Besitz hat eben darin seine Bedeutung, daß er ohne causa wirksam ist.
3. Die beim Besitz-Erwerb hervortretenden Akte sind Beweis erbringende Thatsachen, keine Elemente desselben. Die körperliche Adprehension ist zwar die schlagendste Beweisthatsache, aber in keiner Weise untrüglich, weil hinter ihr sehr viel andere Absichten liegen können. Auch Miether, Commodatare, Depositare, Mandatare u. s. w. nehmen diese körperliche Adprehension vor.
4. Wäre der Besitz-Erwerb nach der Mancipation künstlich gestaltet worden, so wäre dies ein Freibrief für die Diebe gewesen.

II. Besitz-Erwerb an Immobilien. Auch hier halten wir der „exakten historischen Methode“ Kleins unser Programm entgegen: Der zu beweisende Thatbestand darf nicht mit den Beweis erbringenden Thatsachen verwechselt werden. Das halten wir auch v. Pininski entgegen und sehen daher die Controverse für eine von Anfang an fruchtlose an.

Unleugbar ist das Beschreiten, das Einführen die häufigste Form des Besitz-Erwerbs gewesen. Ursprünglich spontane Handlung, ward sie nicht etwa zur juristisch nothwendigen Form, sondern gestaltete sich wie viele solcher spontanen Handlungen zu einer symbolischen. Das mag schon auf frühe Zeiten zurückgehen: denn kindliche Völker personifizieren nicht nur, sondern sie realisieren gerne. Hinzu kam der Mangel des Beurkundungswesens und das dadurch gegebene Bedürfnis des Kundbarmachens; besonders in den Gegenden, in welchen keine mancipatio stattfinden konnte.

Was ist nun natürlicher, als daß der Uebergabe-Consens in diesem Übergang in die Erscheinung sich bethätigt. Der Trident

führt den Erwerber in das gekaufte Haus ein, oder er weist ihn an, giebt ihm die Erlaubnis, das Haus zu beziehen, Käufer und Verkäufer gehen miteinander zur Besichtigung und Adprobation auf das erworbene Grundstück; oder der Käufer geht auf Anweisung des Verkäufers allein hin, um es in Augenschein zu nehmen. Oder der Erwerber nimmt das Grundstück sofort in Arbeit. Das sind durchaus spontane Handlungen. Nun kommen Streitigkeiten und Prozesse. Es wird der Nachweis verlangt, daß das Grundstück übergeben sei. Die Parteien haben daran nicht gedacht, eine ausdrückliche Uebergabe vorzunehmen. Beurkundungen sind nicht Gebrauch. Da sagt der in Noth befindliche Erwerber: Ich habe ja doch im Angesicht des Verkäufers das Grundstück beschritten. Oder: der Verkäufer hat mich selbst eingeführt. Damit dringt er durch. Das merken sich Andere und machen es beim Erwerbe von Grundstücken ausdrücklich so, aus Gründen der Beweissicherheit.

Ein zweiter Zweck kam noch hinzu. Wie leicht konnte Jemand ein Grundstück übergeben, an dem er wissentlich oder im Irrtum keinen Besitz hatte, d. h. bezüglich dessen der Ausschluß fremder Eigenmacht thatsächlich nicht bestand. Hier nun vertrat die Imgression des Grundstücks unser Aufgebotsverfahren. War ein Anderer Besitzer oder Berechtigter, so lag eine Besitzstörung resp. ein rechtswidriger Angriff vor. Dadurch mußte sich zeigen, ob die possessio vacua alieni iuris sei.

Wie einfach und natürlich ergiebt sich hier Alles! Für Klein hat dieser Akt den Charakter eines Mysteriums. Er ermahnt zur Ehrfurcht und meint (S. 73): Richtiges Erkennen und Verstehen vergangener Rechtsschöpfungen heischt gewisse Demuth des juristischen Urtheils gegenüber geschichtlichen Thatsachen. Wir sind damit einverstanden. Nur muß er nicht verlangen, daß wir das als historische Thatsachen annehmen, was er oder Andere uns als solche vorführen. Das ist ja die bedenkliche Seite an der sich historisch nennenden Richtung, daß jeder immer das zur historischen Wahrheit erhebt, was in seinem eigenen Kopf entstanden, daß das, was man den Geist der Zeiten heißt, im Grund der Herren eigener Geist ist, die *sich in den Zeiten bespiegeln* und daß dieser Geist häufig wahrlich kein Iheringsches Destillat aus dem Corpus Juris ist.

Worüber ſtreitet nun Klein eigentlich unter Aufwand ſolcher Gelehrſamkeit? Will er uns ernſtlich davon überzeugen, daß es nach R. R. nicht möglich geweſen ſei, ein Grundſtück oder ein Haus in der Weiſe zu übergeben, daß der Tradent hinfort als Miether oder Pächter in demſelben verbleibe? Und wie verhält ſich zu ſeinem abſoluten Erfordernis des intrare, ingredi, induci die demonstratio a turre?

Und wenn Klein (S. 75) ſich gegen Strohal erklärt, daß das Traditions-Corpus vom Occupations-Corpus zu unterſcheiden ſei, wie ſoll dieſe Anſicht mit ſeiner Behauptung im Einvernehmen ſtehen, daß der Beſitz-Erwerb der Mancipation nachgebildet ſei? Denn, wie Bechmann ſchlagend nachgewieſen hat, bedeutet mancipare den Akt des Tradenten, nicht des Erwerbers, genau wie unſer „Auflaſſen“! Aber vor allen dieſen Widerſprüchen ſollen wir ehrfurchtsvoll den Hut abnehmen.

Ganz richtig iſt es, daß zwiſchen Occupations- und Traditions-Thatbeſtand kein prinzipieller Unterſchied ſei; aber das läßt ſich nur erklären, wenn man die den Beſitz-Erwerb beweiſenden Thatſachen nicht als Elemente desſelben betrachtet. Die Empfindung, welche Strohal und Graf Pininski zu jener Anſicht verleitet hat, iſt eine durchaus berechtigte, namentlich für Grundſtücke. Denn Grundſtücke beſtehen — mit wenigen Ausnahmen — nicht von Anfang an als ſelbſtändige, getrennte Objekte; das Grundſtück muß als Theil der Erd-Oberfläche erſt markiert, ſpezifiziert d. h. zur Spezies gemacht werden. Dieſe Spezifikation iſt Vorausſetzung des im Beſitz-Erwerb liegenden Verbots, weil ſonſt die Willens-Bannung keine beſtimmt begrenzte wäre. Aber dieſe Abgrenzung, iſt nicht ſchon in ſich Beſitz, da auch eine Gemeinde oder der Staat in Ausübung ihrer Hoheitsrechte ſolch eine Abgrenzung vornehmen kann. Will man ſelbſt dieſes Hoheitsrecht des Staates als Beſitz bezeichnen, ſo iſt doch dieſe Theil-Abgrenzung kein Beſitz-Erwerb, da der Beſitzer, wenn er ſein Grundſtück in Abſchnitte abtheilt, dadurch nicht beſonderen, neuen Beſitz erwirbt. Und wäre dies ſeine Abſicht, ſo würde er damit die Abſicht haben, einen Ausſchluß bezüglich jedes einzelnen Stückes herzuſtellen.

Die Römiſchen Agrimenſoren aber zeigen deutlich, daß der Adſignation ſtets die divisio ſeitens des Staates vorherging. Frontinus de agr. qual. 2: Ager ergo divisus adsignatus est coloniarum.

Hyginus: Divisi et adsignāti agri sunt.

a) Was fr. 77 Dig. RV. 6, 1 betrifft, so habe ich diese Stelle Besitz S. 108 ff. ausführlich interpretiert und auf alle denkbaren Thatbestände untersucht; jeder Fall hat das Erfordernis eines Besitz-Uebertragungs-Consensens ergeben.

Unstreitbar ist auch Besitz-Erwerb an Grundstücken ohne Consens nicht unmöglich, aber er ist stets vitios, weil er, wenn nicht durch Irrthum erzeugter Consens vorliegt, nothwendig eine Vergewaltigung enthält. Die clandestina possessio wird mit Recht von den klassischen Juristen nicht als Besitz angesehen, weil der Ausschluß stets nur so lange dauert, als die clandestinitas besteht. Absente domino vorgenommene Occupation leidet an dem Irrthum über die wesentlichen Erfordernisse und bemerkt daher nur naturalis possessio.

fr. 3 § 1 Dig. h. t. ist nur zu verstehen, wenn wir annehmen, daß Paulus die Kraft der Beweis erbringenden Thatsachen habe prüfen wollen. Er verlangt nicht, daß der Erwerber omnes glebas circumambulat, sondern, es genüge, daß er quamlibet fundum introisset, dum mente et cogitatione fuisset, ut totum fundum usque ad terminos velit possidere. In jedem andern Fall muß man dem Erwerber eine mystische Kraft beilegen, die sich nun in den fundus hineinlegt.

b) Wenn das intrare in fundum absente domino nicht an sich Besitz-Erwerb ist, so kann es auch nicht Element desselben sein; denn das Willens-Element fehlt nicht. Das objektive Element muß in etwas anderem bestehen. Was bedeutet es denn, daß der Besitzer den Besitz animo retinieren könne? Läßt er seinen animus auf dem Grundstück zurück? Animo retiniert er, indem er seinen animus dem animus des Gegners gegenüber zur Geltung bringt.

c) Völlig trete ich aber Klein darin bei, daß Javolenus in fr. 115 V. S. 50, 16 den Usus-Possessio als das Adprehendierte, nicht die Adprehension als Usus habe bezeichnen wollen. Aber daraus ergiebt sich um so mehr, daß der Besitz-Erwerbs-Akt eine in irgend einer physischen Form hervortretende Ausschließung der Mitmenschen sein muß, die keineswegs an der Sache zu geschehen braucht, weil ja eben der usus wie die possessio keine körperliche Sache ist.

Wenn Klein (77—79) des Celsus Ansicht zu der der andern Juristen in Gegensatz stellt, so trägt er dadurch in das Corpus Juris eine Controverse hinein. Er wird dadurch auch zu der kühnen Hypothese gedrängt, die Compilatoren hätten diesen Gegensatz absichtlich im Corpus Juris bestehen lassen. Denn, daß dieselben von einer Controverse, die wenn sie wirklich vorhanden war, Jahrhunderte bestanden haben muß, Nichts gewußt hätten, vermag er natürlich nicht zu behaupten. Einfacher erledigt sich die Frage durch Unterscheidung der Beweis erbringenden Thatsachen und des zu beweisenden Thatbestandes. So lange man mit Savigny Beispiele zu Typen umschafft, muß man bei jedem Beispiel das eigentliche Charakteristikum übersehen (fr. 1 § 25 Dig. de vi 43, 16: id exempli causa didici Proculum dicere).

Völlig unhistorisch wird aber die Darstellung der Entwickelung des Immobiliar-Besitz-Erwerbes dadurch, daß Klein die wichtigste historische Erscheinung des ganzen Römischen Besitzwesens ignoriert, nemlich die possessio der possessores, die man irrthümlich als possessio agri publici bezeichnet. Klein beginnt seine Geschichte mit Labeo und läßt den sich durch Jahrhunderte hinziehenden Conflikt mit den possessores, denen man vorwarf, daß sie ager publicus occupiert hätten (quem publicum possideri a privalis criminabatur), völlig unberührt.

Ich will ihm anvertrauen, daß er aus dieser Erscheinung mehr Beweis-Material für seine Entwickelungs-Geschichte hätte entnehmen können. Denn bei dieser Occupation handelte es sich in der That um ein sehr starkes räumliches Inbeziehungsetzen, weil diese possessiones hauptsächlich durch eigene Kraft vertheidigt wurden. Ich empfehle ihm daher angelegentlich die Lektüre des Livius und Dionysius Halicarnassensis. Mit Labeo zu beginnen, ist aber sehr mißlich. Denn in fr. 6 § 1 poss. spricht dieser von animo retinere possessionem, demgegenüber die Occupation unwirksam sei. Wenn also der Occupant den animus des Vormannes beseitigen mußte, um Besitz zu erwerben, so wüßte ich nicht, wodurch dies anders als durch Einwirkung auf dessen animus hätte geschehen können. Dann aber haben wir einen völlig geistigen Besitz-Erwerb vor uns.

Bei fr. 18 § 2 a. e. v. 18,1 hat die Florentina die Lesart nequaquam. Würde die Lesart nec vacuam richtig sein, so würden wir ein zweites Beispiel für den geistigen Besitz-Erwerb haben. Demnach hat Celsus auch keine neue Theorie aufgestellt; vielleicht aber die ganze Frage schärfer als ein Anderer vor ihm durchdacht. Gajus IV § 153 behandelt die Frage, ob der in possessione Befindliche nudo animo Besitzer werden könne und verneint dieselbe. Es handelt sich also gerade um die entgegengesetzte Frage. Denn naturalis possessio hat ja der Inhaber hier. Er kann sich aber nicht zum Besitzer machen, weil nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Noch mehr anerkennt Papinianus den Besitz-Erwerb animo nach fr. 46 poss. Denn er macht den Besitz-Verlust des Besitzers und den Besitz-Erwerb des Occupanten schlechthin von dem Willensverhalten des Besitzers, nachdem derselbe die Occupation erfahren hat, abhängig. Daß hier Verjährungsprinzipien oder Präsumtionen mitsprechen, widerlegt dies Prinzip gewiß nicht. Wenn Paulus R. S. V, 2 § 1 erklärt: possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus, retinere tamen nudo animo possumus, so muß man dies nicht mißverstehen. Er hat vorher, wie die Stelle zeigt, von der possessio corpore alieno adepta gesprochen und sagt nun, daß die possessio alieno nomine nicht animo zur civilis werden kann, ebenso wie Gajus IV § 153. Daß Paulus nicht allgemein den Besitz-Erwerbs-Consens bestritt, beweist fr. 1 § 21 poss: oculis et affectu. Auch ihm war es um beweiskräftige Thatsachen zu thun und er verlangte, daß wenn der Besitz-Erwerb durch das Beschreiten nachgewiesen werden sollte, dieses Beschreiten auch ein wirklich ausgeführtes gewesen.

Das Beschreiten ist aber eine symbolische Handlung, nicht durch die Juristen gemacht und darum nicht Formal-Akt und nicht für die Juristen gemacht, sondern für die Betheiligten und als Verkehrssitte allmählich ausgebildet. Das Wort ist selbst Symbol des Begriffs, der Vorstellung, des Gedankens. Wäre dem nicht so, wäre es selbst der Gedanke, so könnten nicht verschiedene Sprachen existieren. Symbole sind aber häufig für engere Kreise bestimmt; z. B. Gedanken-Symbole: die Gaunersprache, die Taubstummensprache, die Blindensprache. So erklären sich auch Symbole im

kaufmännischen Verkehr. Meist sind diese Symbole pars pro toto oder Wiedergabe instinctiver Verrichtungen bei einem weitergehenden Vorgang. Das Wort selbst ist häufig aus Reflexwirkungen von Eindrücken entstanden, oder aus Eindrücken, die das Auge oder Ohr oder der Tastsinn empfängt: Thiernamen, Vögelnamen (Kukuk) das Wort: „heiß".

So wird auch das Beschreiten zur symbolischen Handlung. Das Sprechen wie das Beschreiten sind Handlung. Sie haben hier den gleichen Sinn, Sie sagen beide: hunc ego fundum meum esse aio. Sie sagen dies aber nicht zu dem Grundstück, wie alle diejenigen annehmen müssen, welche im Besitz eine Beziehung zur Sache und im Besitz-Erwerbe eine Constatierung des Interesses an der Sache annehmen. Das Beschreiten wendet sich vielmehr an den Tradenten sowohl als an Dritte; an den Ersteren als Verbot, an Dritte als **Aufgebot.**

Beschreiten und Rede stehen also gleich. Sie können auch beide zugleich geschehen. Auch die Demonstratio wäre möglich. Die Erklärungs-Mittel sind fungibel. Wenn aber freilich ein bestimmtes Mittel gewählt ist, so muß dieses wenigstens vollständig erscheinen; genau, wie bei der Sprache: Möchten die Parteien lateinisch, griechisch oder hebräisch reden, das Gesprochene mußte den Sinn vollenden.

Klein will jedoch das Beschreiten aus der Manizipatio ableiten. Aber wir halten ihm dasselbe, wie beim Mobilien-Besitz-Erwerb entgegen.

Die Ansicht Iherings, daß die Mancipatio ursprünglich auf dem Grundstück vorgenommen wurde, hat viel Wahrscheinlichkeit. Ob später, als dies nicht mehr geschah, noch ein besonderer symbolischer Besitz-Erwerb nachfolgte, wissen wir nicht.

Wenn Vermuthungen Raum gegeben werden darf, so möchte ich es hier ohne näheren Beweis aussprechen, daß das mancipare der heutigen Ingrossation, der auf Grund der Auflassung ins Grundbuch erfolgten Eintragung entsprach. Diese ist nicht Besitz-Erwerb.

Wir übergehen hier das Kapitel über die Besitz-Interdikte, ohne damit unser Einverständnis mit demselben bekunden zu wollen, und verfolgen Kapitel III die: Besitz-Verlust-Gründe.

Ich muß in diesem Kapitel damit beginnen, Klein meinen Dank dafür auszusprechen, daß er mich auf verschiedene Widersprüche in meiner Abhandlung aufmerksam gemacht hat. Ich bedaure dieselben sehr, weil sie vielleicht der Anerkennung der von mir vertretenen Ansicht Hindernisse in den Weg gelegt haben. Was mich aber freudig bewegt, ist, daß die Berichtigung dieser Irrthümer meiner Ansicht weitere Gründe hinzufügen wird.

Folgen wir nunmehr dem Verfasser (S. 156—232) Besitz-Verlust an Immobilien tritt ein

a) „durch Ueberschwemmung des Grundstücks und zwar unangesehen der Dauer der Ueberschwemmung und der Unmöglichkeit der Besitz-Restitution. U. E. ist dies unrichtig. Das occupare durch mare oder flumen ist doch ein Anderes als die Occupation seitens einer Person. Was das Meer oder ein Strom besetzt hält, ist als untergegangen zu betrachten. Bei den Wege-Servituten ist aber nachzuweisen, daß durch vorübergehende Ueberschwemmungen der Besitz nicht verloren wird, sondern durch Gebrauch eines Nothweges aufrechterhalten bleibt.

b) Infolge von Dejection. Auch hier mißversteht Klein u. E. die Quellen. Es handelt sich um zwei Fragen:

a) Wann liegt Besitz-Verlust infolge Dejection vor?

b) Ist durch Dejection schon Besitz-Erwerb entstanden?

a) Daß die Dejection in sich noch keinen Besitz-Verlust enthält, zeigen die Quellen dadurch, daß sie den Satz vim vi repellere licet anerkennen. Denn begründete die Dejection in sich einen schützbaren Zustand, so wäre das vi repellere nicht zulässig. In sich enthält die Dejection nur Störung des Besitzes, mag sie partiell oder total vorliegen. Klein bestreitet dies (S. 161). Besitz-Verlust, weil der bisherige Besitzer bei seiner Rückkehr in's Grundstück zurückgewiesen wird, sei kein Verlust animo. Ich erwidere ihm mit der Frage: Um wie viel Kraft muß der Dejizient dem Besitzer überlegen sein, damit der Besitz-Verlust corpore erfolgt sei? Um wie viel Kraft muß der Dejizient dem Besitzer überlegen sein, damit das vim vi repellere keine rechtliche Geltung mehr habe? Es wird doch wohl oder übel auf einen Zwang hinauslaufen. Nicht auf einen erzwungenen Verzicht schlechthin, sondern auf einen erzwungenen Verzicht auf den Widerstand; d. h. auf ein erzwungenes sich dem Verbote Fügen.

Für die Römer hatte die Frage, ob Besitz-Verlust oder bloße Dejection vorliege, das praktische Interesse der Grenz-Regulierung zwischen Interdictum Uti possidetis und de vi.

Wohl mag die Ansicht einmal aufgetaucht sein, daß schon die Ingression den Besitz-Verlust zur Folge habe. Herrschend ist aber diese Lehre mit Recht nicht geworden.

Der Hauptstreit bewegte sich vielmehr auf einem weit subtilern Gebiete. Man unterschied den durch naturalis possessio bestehenden Besitz von dem possidere animo und war sich klar darüber, daß der Besitz an Grundstücken meist nur ein Besitz animo sei, d. h. nicht, daß der animus des Besitzers die Sache festhalte, sondern daß derselbe durch die in den Mitmenschen erweckten Vorstellungen erhalten werde. Es ist dies keine theoretische Spielerei, sondern im höchsten Maaße praktisch. Wer durch eine Landschaft geht, der fügt sich ohne besonderes Nachdenken einer großen Zahl solcher Verbote. Nicht der animus des Besitzers retinet possessionem, sondern durch geistige Beeinflussung wird derselbe erhalten.

Von diesem Standpunkte gingen die Juristen Roms aus. Und es fragte sich nun, wann lag Besitz-Verlust durch Dejection vor? Das ingredi in fundum war an sich nur Störung, selbst dann, wenn sie bewußt gegen das Verbot ging. Entsetzung konnte nur dann vorliegen, wenn der Occupant seinerseits den Ausschluß hergestellt, d. h. seinerseits ein Verbot durchgesetzt hat. Wann war dies geschehen? Darum dreht sich der Streit: fr. 25 § 2 de poss.

Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio; an vero (quod quasi magis probatur) usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? et videtur utilius esse.

Bezüglich des Textes dieser Stelle bedarf es wohl kaum erst der Hervorhebung, daß revertentes non aliquis repellat sprachlich und logisch unmöglich ist. Daß ein Schreibfehler in der Florentina möglich sei, wird wohl dem größten Verehrer desselben nicht zweifelhaft sein.

Dies angenommen, ergiebt die Stelle, daß der Besitz-Verlust auch bei Dejection nur durch Einwirkung auf den animus des

Besitzers erfolgt. Der Besitz-Verlust durch ingredi wird unbedingt zurückgewiesen. Es fragte sich aber, ob diese Willens-Umstimmung des Besitzers erst dann eingetreten sei, wenn der Besitzer bei seiner Rückkehr durch körperlichen Zwang von seinem Verbot abgebracht wurde, oder schon dann, wenn er in richtiger Würdigung der Überlegenheit des Gegners sich dessen Verbot fügte. Das Letztere wird als das Richtige betrachtet. In beiden Fällen, früher oder später, ist bei dem Dejizirten contraria affectio entstanden; es ist affectio non tenendi, nicht blos non affectio tenendi entstanden. Es ist daher auch für den Dejizienten das objective Element entstanden.

An die Stelle des Ausschlußwillens des Besitzers ist der Wille getreten, sich in sein Verbot zu fügen — Alles allerdings durch Zwang, im ersteren Fall durch vis absoluta, im andern durch vis compulsiva.

Nur der Advokaten-Kniff Ciceros in der Rede pro Caecina hat dies klare Verhältnis verdunkelt. Es handelt sich hier darum, daß Jemand, der keineswegs fremden Besitz, in keinem Falle aber den des Gegners occupirt hatte, (ob er materiell berechtigt war, bleibt gleichgiltig) um sich gegen die Gegen-Occupation zu schützen, eine Mannschaft aufbietet. Ciceros Client will allerdings die deductio quae moribus fit vornehmen. Aber durch dieses Zugeständnis würde er eben die Sachlage bereits gewonnen haben.

Im Übrigen aber ist das Verhältnis geklärt. Denn, was Labeo betrifft, so ist er mit sich selbst keineswegs im Widerspruch, wenn er fr. 1 § 29 de vi 43, 16 lehrt: tum qui metu turbae perterritus fugerit, videri deiectum und fr. 9 pr. quod met. caus. 4, 2: non videor vi deiectus, qui deiici non expectavi, sed profugi. Im zweiten Fall denkt Labeo an eine blinde ungegründete Furcht, die auf Hörensagen beruht. Und Ulpian klärt diesen Fall fr. 3 § 6 Dig. de vi 43, 16 vollständig auf: Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit: non videtur deiectus: quia non hoc animo fuerunt, qui armati erant, sed alio tendebant. Die Furcht muß eine berechtigte sein.

Das führt auch Julianus aus: fr. 33 § 2 Dig. 41, 3 Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit — — vi deiectus videtur. Ich halte Nichts für

unberechtigter, als die Conjectur des Cujace, der für existima verit extimuerit setzen will. Der profugus ästimirt im wahrsten Sinne des Wortes die herankommende Mannschaft und faßt den Entschluß, sich dem Ausschlusse zu fügen.

2. Und wie verhält sich nun der Besitz-Erwerb des Dejizienten hierzu.?

Beachten wir das utrumque in contrarium actum des Paulus! Es liegt vor für den Besitz-Verlierer:

1. affectio contraria, der Verlierer will sich, wenn auch gezwungen in den Ausschluß fügen.
2. corpus contradictorium, er ist ausgeschlossen, indem er durch Furcht gescheucht ist. Wäre die Furcht unbegründet, so läge nicht corpus contradictorium vor.

Nähme nun der Dejizient das Sichfügen des Dejizierten in sein Verbot nicht als sein Verbot an, so entstände vacua possessio, ein Schwebezustand gleich dem bei der erzwungenen bindenden Offerte. Es wird also noch ein Akt verlangt, der das Accept dieser Offerte enthält. Und dieses Accept wird von den Juristen in dem ingredi erblickt.

Es fehlt also an der ganzen logischen Kette nicht das kleinste Glied, wofern man nur das corpus nicht in einem Verhältnis zur Sache erblickt.

Und sollte Julianus anderer Meinung gewesen sein? Ich nehme nach fr. 33 § 2 Dig. usuc. 41,3 das Gegentheil an.

Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur. sed nihilo minus id praedium etiam antequam in potestatem domini redeat, a bonae fidei possessore usucapitur: quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi possessa fuissent. non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset.

Da der Dejizient nicht seine Ausschlußgewalt will, vielmehr nur den Besitzer dejiziert hat, so ist er wohl vi dejiciens, nicht aber violentus possessor. Ein Dritter wird nun bona fide Besitzer und an seinem Besitz haftet kein vitium, weil die possessio vacua geworden. Er kann daher ersitzen. Würde aber der Dejizient in seinen Diensten gestanden haben, so griffen die legg. Plautia et Julia Platz.

Bei alledem muß immer bedacht werden, daß die Ingression nur Beweis erbringende Thatsache ist. Würde wirklich die Frage, ob der Dejizient Besitzer sei, von dem ingredi abhängig gemacht werden, so wäre es sehr übel bestellt. Wie bei beweglichen Sachen das Erfordernis formaler Adprehension für die Diebe, so würde hier das Erfordernis der Ingression ein Frei=Brief für die Räuber sein.

c) Immissio ex secundo decreto damni infecti nomine.

d) Occupation absente possessore.

Durch diese wird nie Besitz erworben. Weiß der Occupant von dem Besitz des Gegners, so entsteht clandestina possessio. Denn es handelt sich um clam alter ab altero. Und die cl. p. wird mit Recht nicht als juristischer Besitz angesehen oder genauer ist juristisch nicht Besitz, weil dieser in einem Willens=Verhältnis beruht. Weiß der Occupant nicht von dem Besitz des Anderen, so befindet er sich bei seinem Erwerb in wesentlichem Irrthum. Er glaubt ausgeschlossen zu haben; er glaubt ein Verbot durchgesetzt zu haben, während er es gerade dem gegenüber nicht durchgesetzt hat, auf dessen Willen es ankommt. —

So gestaltet sich nach unserer Anschauung die Lehre. Und es entsteht für uns nur noch die Frage, was denn aus der durch Occupation entstandenen naturalis possessio mit der Zeit wird.

Wir kehren aber zunächst wieder zu Klein zurück. Da ist es nun eine Vermischung der eigentlich zur Debatte stehenden Frage, wenn Klein die Dejection noch einmal zur Sprache bringt. Und dies thut er, wenn er von dem Fall spricht, daß der Besitzer aus Furcht nicht auf sein Grundstück zurückkehren will.

Klein will auch hier zwei Theorien unterscheiden, die eine bezeichnet er als Verzichtstheorie, die andere als Ingressionstheorie. Als Anhänger der ersten Ansicht benennt er Neratius, Pomponius und Paulus.

a) Neratius: fr. 7 poss: Paulus 54 ad Edictum: Et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amisisse possessionem videbitur et ita Neratius quoque scribit. Wenn die vis maior auf einen gewaltsamen Einfall zu beziehen ist, so ist dies ein Beweis dafür, daß auch der Besitz=Verlust durch Dejection ein Verlust animo ist. Etwas anderes vermag ich nicht

zu schließen. Es müßte sich der Besitz-Verlust in Folge einer bereits geschehenen Invasion vollziehen.

Aber mit dem vim majorem vereri ist doch wohl das gemeint, was auch sonst das Corpus juris unter vis maior versteht. Angesichts des Drohens höherer Gewalten, etwa Lawinensturz, Felsensturz und dergl., will der Besitzer nicht mehr zurückkehren. Er verzichtet auf den Kampf mit der höheren Gewalt und damit auf das Grundstück selbst, er delinquirt es und es entsteht vacua possessio.

b) Pomponius f. 25 § 2 h. 1 wurde besprochen.

c) Paulus (cf. 7 cit). Das utilius esse in fr. 25 § 2 Dig. poss. bezieht sich nicht auf die von Klein supponierte Frage, sondern darauf, ob animo desinere possidere schon dann vorliege, wenn man angesichts überlegener Gewalt auf den Gegen-Angriff verzichte oder erst dann, wenn der Gegen-Angriff abgeschlagen. Das Erstere wird von Paulus speziell aus Utilität bejaht. Denn, wäre dem nicht so, dann würde der Entsetzte es immer erst zu einem Kampfe kommen lassen müssen. Aber aus dem Ausdruck utilius esse, nicht verius esse scheint mir eher zu folgen, daß Paulus weder einer Verzichtstheorie noch einer Ingressions-Theorie, gehuldigt, sondern eher der Kampfes-Theorie, indem er das Interdictum de vi nur bei absoluter Gewalt anerkennen wollte.

Aber natürlich handelt es sich um eine Zweckmäßigkeit für den Besitzer, nicht etwa des ganzen Verkehrs; denn unmöglich konnte im Gegensatz zum vim vi repellere es dem Besitzer zum Vorwurf gemacht werden, wenn er doch noch einmal den Widerstand versuchte. Wäre bei einer gewaltsamen Occupation, also nach Störung des gemeinsamen Friedens das allgemeine Interesse am Frieden in Frage gekommen, hätte man mithin die Nothwehr beseitigen wollen, so hätte schon mit dem Moment der Occupation eingesetzt werden müssen. Und es konnte dann gewiß nicht mehr die Frage entstehen, ob der Besitz verloren sei mit dem Nachgeben angesichts überlegener Gewalt oder erst nach abgeschlagenem Gegen-Angriff. (cf. dagegen Klein S. 163 Anm. 24).

Es handelt sich also bei dem utilius esse um einen Vortheil des Verjagten. Er soll das Interdictum de vi schon bei Aufgeben des Gegen-Angriffs angesichts überlegener Gewalt des Dejizienten haben; mit andern Worten vis compulsiva genügte.

Dies steht auch nicht mit der atrox vis des fr. 1 § 3 Dig. de vi im Widerspruch. Denn derselbe Ulpian, welcher die atrox vis verlangt, erkennt die vis compulsiva an. Denn, wenn er in dem oben cit. f. 3 § 6 de vi Dejection nur dann nicht annehmen will, wenn der Besitzer aus ungegründeter Furcht (qui alio tendebant) entfloh, so nahm er bei Fliehen aus begründeter Furcht Dejection an. (cf. Savigny, Besitz S. 428 Anm. 4).

Was nun die Ingression als Ausgangspunkt des Besitz-Verlustes absente possessore betrifft, so ist bei Kenntnis des Invasors stets entweder vis oder clandestinitas vorhanden. Auch der, welcher es darauf ankommen läßt, ob der Besitzer nichts davon merken werde, besitzt offenbar clam oder mit eventueller Absicht der vis. Diese Frage ist daher gar nicht zum Besitz-Verlust absente possessore zu zählen. Im Übrigen aber spricht Papinianus in fr. 46 de poss. 41,2 den Satz: ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur so deutlich aus, daß ein Zweifel darüber gar nicht hätte entstehen können, auch irrthümliche Occupation hebe den Besitz nicht auf, sondern es stehe Interdictum Uti possidetis zu, wenn nicht spätere Constitutionen (fr. 14 Cod. VIII, 4) einen andern Standpunkt vorauszusetzen schienen.

Wir werden alsbald auf diese Stellen eingehen, fahren aber erst mit der Betrachtung des klassischen Rechtes fort.

Es liegt ja die Unmöglichkeit des Besitz-Verlustes durch Occupation absente domino schon in den Ausdrücken animo possidere, animo retinere possessionem.

Aber die Schwierigkeit liegt in dem Satze Papianians (ibidem) tamdiu priorem possidere dictum est, quam diu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Was geschieht dann, wenn der Besitzer von der fremden Occupation in Kenntnis gesetzt wird? Bewegt ihn die drohende Haltung und die Überlegenheit des Gegners zur Abstandnahme vom Gegen-Angriff, so hat er Besitz animo verloren (coactus voluit).

Wie aber dann, wenn andere Motive ihn leiten? Wenn er etwa den Invasor für den Eigenthümer hält? Wenn er ihn für seinen Käufer, seinen Pächter hält? Wenn er aus negligentia nicht einschreitet?

Daß auch Papinian an dem geistigen Besitz festhielt und an keinerlei Ingressions-Theorie dachte, ist nach dem Vergleich mit der Obligatio (eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeritur) nicht zu bezweifeln.

Aber wie bei der Obligation, bei der es sich ja auch um Willens-Beziehung handelt, greift hier ein Verjährungs-Prinzip Platz, das ganz einfach bei den Dejections-Fällen in der Verjährung des Interdictum de vi, in den Irrthums-Fällen und denen der clandestina possessio in der Verjährung des Uti possidetis bestand. Den schlagendsten Beweis haben wir dafür in den Interdikten für Ausübungs-Servituten, die sämmtlich a limine ein Verjährungs-Prinzip in sich aufnehmen.

Freilich darf man, um diese Sachlage zu erkennen, nicht davon ausgehen, daß animo possidere und corpore possidere zwei verschiedene Besitz-Klassen seien. Auch dadurch würde man wieder Beispiele zu Typen schaffen. Denn offenbar können auch Sachen, die erfahrungsmäßig animo besessen oder erworben werden, corpore besessen und erworben werden.

Denn selbstverständlich wird der Besitz an columnae auch dann erworben, wenn er corpore erworben wird, d. h. wenn der Erwerber sie in sein Gewahrsam nimmt. Selbstverständlich wird der Besitz an saltus auch dann erworben, wenn er corpore vel nostro vel alieno erworben, wenn er eingefriedigt wird, wenn ein custos angestellt, wenn ein colonus eingesetzt wird. Und Sachen, die in der Regel corpore erworben werden, können animo erworben werden. Denn die Mittel sind fungibel, es handelt sich nur darum, ob sie wirksam sind; ob diese Mittel auf die körperliche Kraft des Dritten oder auf seine Vorstellungen einwirken, ist gleichgiltig.

Damit ist alles geklärt. Das intra annum, quo primum experiendi potestas fuerit (nach Lenel hieß es allerdings im Hadrianschen Edikt sponsionem restipulationemque facere permittam!) bringt mit einem Male helles Licht. Nicht nur uns, sondern den Römischen Juristen erleichtert es die Arbeit. Hatte der Gestörte ein Jahr lang, nachdem er von der Invasion erfahren, keinen gerichtlichen Schritt gethan und auch den Gegner nicht aufgeklärt und Widerspruch geltend gemacht, so trat Verjährung des Besitz-Anspruchs ein.

Nun aber kommen Constitutionen, welche den klaren Sachverhalt zu trüben scheinen. Vor Allem die c. 11 Cod. VIII, 4. c. 1. Cod. VIII, 5. c. 5 Cod. VIII, 4 u. Andere.

Und es wird ausgesprochen: veteres leges nec unde vi interdictum ne quod vi aut clam nec aliam quandam actionem a reciperandam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime praecedente.

Fortan solle auch bei incuria und error des Besitzers des Interdictum unde vi zustehen.

Hier aber rächt sich der Fehler unserer ganzen Besitzlehre, die noch nicht ein Mal die historische Entwickelung der possessiones untersucht hat; dieselbe vielmehr immer vermischt mit andern Fällen behandelt.

Bei diesen possessiones war die corporalis possessio, das in fundo esse ein nothwendiges juristisches Erfordernis, sie hatten den Charakter des usus. Denn nur der, welcher das Grundstück bewirthschaftete sollte des Schutzes genießen. Man wollte den ager arcifinius, den ager longe positus, den ager late patens bewirtschaftet wissen.

Und eben in der Zulässigkeit fremder Occupation und in der schnellen Verjährung des Rechtes (nicht des Besitzes) erfand man ein wirksames Stimulans. C. 8 Cod. XI, 59 (a 388—392): Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur. nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit.

Es gab hier also in Wirklichkeit keinen Besitz-Schutz außer dem Interdictum de vi auf Grund der Dejection.

Allein ein solches System trug große Gefahren in sich. Und Justinian bannte diese Gefahr, indem er bei der incuria und error domini Besitz-Schutz verhieß.

Es wäre nun im Anschluß an die experiundi potestas der Fall zu erledigen, wie es denn gehalten wurde, wenn der absens

possessor von der Occupation Nichts erfährt. Klein geht aber sofort über zu

e) Besitz-Verlust infolge längerer Abwesenheit auch ohne gleichzeitige Occupation.

Diese Frage hat aber m. E. keinen Sinn. Es könnte sich nur um die Verantwortlichkeit des Besitzers handeln, etwa für cautio damni infecti. Diese Pflicht aber erlischt, wenn der Besitzer den Besitz preisgiebt.

Für Dritte kommt aber die Frage erst dann in Betracht, wenn sie occupiren oder den Besitz stören. Denn es ist kein Grund die Vernachlässigung oder dergleichen dem dritten Occupanten in irgend einer Weise zu gute zu rechnen. Denn durch die Vernachlässigung hat doch der Besitzer keinen beschädigt und keinen begünstigt.

Freilich bleibt es daneben immer quaestio facti, ob der Besitzer den Besitz thatsächlich derelinquirt hat.

Im Übrigen aber kommt es stets auf die Frage hinaus, wie es sich dann verhalte, wenn ein Anderer occupirt hat, ohne daß der Besitzer davon erfährt.

Gajus II, 51 und fr. 37 § 1 D. 41,3 geben uns darüber nur beschränkte Auskunft.

Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem naucisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus successore decesserit vel longo tempore afuerit; — [Instit. II, 51] quam si ad alium bona fide accipientum transtulerit, poterit usucapere possessor; quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet; cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint, furtivdum fundum fieri posse. Es wird also ausgesprochen, daß der fundus weder furtivus noch vi possessus sei, wenn Jemand ihn occupire, weil derselbe

a) ex neglegentia domini vacet,
b) dominus sine sucessore decesserit,
c) longo tempore afuerit.

Der erste Fall könnte die Frage anregen, ob der Besitz kein clandestinus, daher der fundus hier furtiv sei. Allein eben das ist nicht der Fall. Denn man könnte eher vom prekären Besitz sprechen. Der Occupant will den Besitzer keineswegs ausschließen und

handelt nicht heimlich, sondern er rechnet auf die Nachläſſigkeit, Trägheit oder Gutmüthigkeit des Beſitzers.

Auch im dritten Fall liegt keine clandestinitas vor, ſondern longo tempore absentia iſt Verſchollenheit oder wenigſtens Beginn derſelben.

Erfährt nun im Fall a. und c. der Beſitzer von der Occupation, ſo bleibt es ihm unbenommen, das Interdictum uti possidetis anzuſtellen, im Fall a wohl ſogar eine Verjagung vorzunehmen.

Nun iſt aber longa absentia doch wohl eine objective. Und es entſteht alſo die experiundi potestas ſchon deswegen nicht, weil keine facultas experiundi vorhanden iſt.

Anders im Fall a. Erfährt der neglegens von der Occupation und verharrt er in der desidia, ſo geht er des Interdikts in einem Jahre verluſtig.

In beiden Fällen aber ſcheint bei Unkenntnis des Beſitzers die longi temporis praescriptio eingetreten zu ſein. Wir haben ein Recht, dies daraus zu ſchließen, daß die Erſitzung des vom Occupanten erwerbenden bonae fidei possessor an keinem vitium litt. Der Occupant ſelbſt könnte nicht erſitzen, weil er keinen bona fide Beſitz hatte, aber er hatte den Vortheil der Exſtinctiv-Verjährung für ſich, d. h. mit Ablauf der Zeit war ſowohl die Vindication als auch die Beſitzklage gegen ihn erloſchen.

Eine Schwierigkeit beſtand indeſſen noch. Es geht nämlich aus den Conſtitutionen Juſtinians hervor, daß den Colonen ein gewiſſer ſelbſtändiger Beſitz zuerkannt würde, der ſich mit der Stellung des Commiſſionärs vergleichen läßt. Dieſe den Colonen eingeräumte Selbſtändigkeit war nur den domini als Begünſtigung zugedacht; ſie ſollten durch dieſelben beſitzen, durch dieſe der Beſitz erhalten und gehalten werden. Dieſes Inſtitut hatte aber ſeine Schattenſeiten. Denn einerſeits war Gefahr vorhanden, daß der Beſitz durch ihre Treuloſigkeit in fremde Hände überging und andrerſeits, daß durch ihren Tod vacua possessio entſtand.

Solange die Colonen keinen ſolchen ſelbſtändigen (und zwar ohne Zweifel künſtlichen) Beſitz hatten, waren dieſe Gefahren nicht vorhanden.

Der Gefahr treuloſen Handelns und der Unachtſamkeit der Sklaven, Colonen und Andern, per quos licentia est nobis possi-

dere, mußte daher durch c. 12 Cod. VII, 32 vorgebeugt werden. Es war dies aber eine elende Flickarbeit, um einen Mißstand zu beseitigen, welcher eben aus der Annahme eines „selbständigen Vertretungs-Besitzes“ hervorging.

II. Besitz-Verlust an Mobilien. Auch in diesem Kapitel beobachten wir wieder Kleins falsche Methode. Er trägt a priori seine Vorstellungen, die doch noch ein Ausfluß Savignyscher Lehre sind, hinein und findet auf diese Weise eine ganze Reihe von Widersprüchen, statt zunächst durch Vergleich das allen Stellen Gemeinschaftliche aufzusuchen.

Wie sollen wir es auffassen, wenn er (S. 183) des Gajus Aussprüche über den Sklaven-Besitz mit folgenden Worten bekämpft: Es ist mehr als ein kühnes Sophisma, mit dem Gajus die längere Fortdauer des Sklavenbesitzes rechtfertigt: quod is quemadmolum aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem. Der Sklave, der als Vertreter des Herrn sich selbst besitzt und so durch sich an sich selbst dem Herrn Besitz erhält, die tragikomische Erscheinung eines Menschen, der sich selbst dem Herrn stehlen will und wie er es auch anstellt, immer wieder mit eigenen Händen sich in den Besitz zurückbringt, dem er entlaufen will.“ Das klingt recht witzig. Aber will uns Klein etwa nachweisen, daß der Sklave nicht diese tragikomische Rolle gespielt hat? Nein, Komisches hat für uns das Sklaventhum gewiß Nichts mehr, sondern nur Tragisches. Und wir möchten ihm die Ermahnung entgegenhalten, welche er (S. 73) mit so viel Pathos seinem Gegner giebt: „Richtiges Erkennen und Verstehen vergangener Rechtsschöpfungen heischt gewisse Demuth des juristischen Urtheils gegenüber geschichtlichen Thatsachen. Das ungeduldige Verwerfen dessen, was dem Blick nicht mehr entspricht, mit dem heute der Jurist die Erscheinungen, die er zu regeln hat, betrachtet, ziemt nicht einer Zeit, die sich ob ihres historischen Sinnes gern rühmen hört.“

Hätte Klein diesen Satz beachtet, dann hätte er sich vielleicht zu der Demuth gezwungen, auf die Worte Goldschmidts zu hören, der (Studien zum Besitzrecht S. 79) sagt: „Die Fortdauer des Besitzes an Sklaven — beruht — auf dem wenigstens postulierten ethischen Bande der Treue, das sie an ihren Herrn fesselt.“

Eben dieses wenigstens postulierte ethische Band wird juristisch als unzerreißbar angesehen, soweit es nicht durch einen freien Menschen zerissen wird.

Wenn das Klein unbegreiflich erscheint, so trägt er eben wieder den Begriff der thatsächlichen Macht über die Sache in die Römische Lehre hinein. So lange aber kein freier Mensch einen Ausschluß bezüglich der Sklaven hergestellt hat, wird der Sklave nach R. R. weiter besessen und dies kann eben deswegen so sein, weil der Besitz keine Macht über die Sache, sondern eine thatsächliche Ausschlußgewalt über die Mitmenschen ist. Ist ein Sklave fugitiv, so kann die Rechtsordnung die Möglichkeit, über den Sklaven zu verfügen (die facultas), ihm nicht ersetzen und nicht wiederherstellen. Damit befaßt sich die Polizei, aber nicht die Civilrechts-Ordnung. Aber sie kann trotz der Fugitivität das Verbot eigenmächtigen Verfügens dem gegenüber, welcher die facultas zeitweilig gewinnt, aufrecht erhalten. Sie kann gegen das Verbot geschehene Handlungen des Sklaven ignorieren. Und darum handelt es sich in der Besitzlehre.

Was nun die Quellen betrifft, so ist es unrichtig, wenn Klein annimmt, der Unterschied zwischen Besitz an Sclaven und dem an Mobilien bestehe darin, daß letzterer schon in einem früheren Zeitpunkte als durch den Erwerb seitens eines Anderen verloren wäre. Diese Generalisierung führt zu keinem Resultate.

In der Quellen-Auslegung hätte Klein das zweimal bezeugte: utrumque in contrarium actum des Paulus in's Auge fassen sollen. Dies ist in Wahrheit im Gegensatz zu den vielen confreten Beispielen eine ächte Rechtsregel, welche sich auch als solche giebt.

In fr. 3 § 13 sieht Nerva es als Besitz an, wenn die Person jederzeit naturalis possessio erlangen kann. Daß naturalis possessio facultas sei, präsumiert Klein; das Gegentheil aber beweist der im eignen fundus vergrabene Schatz; denn hier ist facultas nicht vorhanden, wofern wir nicht an allen Gegenständen der Erde facultas haben. Nerva stellt aber das pecus aberrans mit dem vas, quod ita exciderit, ut non invcniatur auf eine Stufe.

Auch Ulpian fr. 13 pr. nimmt Besitz-Verlust an den lapides in Tiberim demersi an. Es handelt sich hier um Dinge,

welche der Besitzer deswegen aufgiebt, weil er die Sachen als untergegangene betrachtet. Für uns ist diese Auffassung nur beim pecus aberrans unnatürlich, weil wir weithin unbewohnte Gegenden nicht kennen. Dieser Aufgabe-Wille ist für den Besitz-Aufgabe-Willen nur Motiv. Der Besitzer will Niemanden mehr ausschließen, weil er die Conkurrenz Anderer nicht für möglich hält. Der Besitzer will aber das Eigenthum nur dann aufgegeben haben, wenn wirklich jede facultas unmöglich geworden. Deswegen erlischt der Besitz, nicht aber das Eigenthum.

In fr. 47 Dig. zweifelt Papinian die Ausnahme an, die Nerva von dem Satz: nemo sibi ipse bezüglich der deponierten und commodierten Sache machen will und sieht als Motiv das betr. Responsum an, den Noxal-Anspruch auf den Depositar abzuwälzen. Das sei anders beim Sklaven, der durch propositum redeundi seinem Herrn Besitz erhalte. Durchaus mit Recht. Denn der Sklave ist, wie der freie Mensch, der gefesselt wird (f. 23 § 2) vergewaltigt. Sein Wille ist wirksam, so lange er mit dem seines Herrn congruiert. Da er den animus revertendi hat, so ist der Zwang nur so lange wirksam, wie er wirkt. Das ist anders bei willenlosen Dingen.

Was in fr. 3 § 14 unter stagnum zu verstehen sei, läßt sich aus dem Corpus Juris selbst nachweisen. Stagnum ist ein öffentliches Gewässer, an dem der Publikanus die Fischerei vom Staate oder den Municipien in Pacht nahm fr. 1 pr. § 7 D. ut in flum publ. 43, 14. Es kommt daher auch nach Nerva, der anscheinend hier noch citiert wird, darauf an, in welchen Teich man den Fisch wirft.

Schwierigkeiten von der Willensseite macht fr. 20 Dig. de poss. Und es ist dies diejenige Stelle, welche zur einzigen Stütze des sog. Detentions-Schutzes dienen kann. Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit, emtorique tradi iussrit: nec ille tradiderit: alias videbitur possessione dominum intervertisse alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amitit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim, si alia quepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret. Die Frage, ob der Käufer Besitzer geworden, wird stillschweigend verneint. Mit Recht. Denn der Besitzer giebt dem Commodatar

den Auftrag zu übergeben resp. (jusserit) er giebt es ihm anheim; sein Wille ist also schlechthin durch den des Commodatars bedingt.

Nur das wird in Frage gezogen, ob der Commodatar durch Verweigerung der Herausgabe den Besitzer entsetzt habe. Hierauf wird Ja und Nein zugleich geantwortet, ja dann, wenn er den Besitzer schlechthin ausschließen will, nein dann, wenn er ex justa et rationabilis causa retinieren will. Wie würde es nun sein, wenn der Besitzer dem Retinenten die Sache gewaltsam wegnehmen wollte? Nach R. R. würde er der Strafe des Decretum Divi Marci unterliegen, nach heutigem Recht ebenfalls strafbar sein. Aber würde diese Detention als Detention civilistisch geschützt sein? Ich sehe dafür keinen Grund ein. Will man selbst beim Commodat Real-Exekution zulassen, was doch zweifellos bedenklich ist, so könnte der Retinent doch nur unter Berufung auf die justa et rationabilis causa irgend eine richterliche Entscheidung erlangen, allerdings auch auf Grund der Wahrscheinlichkeit.

Vorausgesetzt nun, es bestände die justa et rationabilis causa und der Käufer hätte den Retinenten entsetzt? Strafbar hat er sich gemacht. Aber wie verhält es sich mit dem civilen Anspruch? M. E. kann derselbe nie und nimmer mehr aus der gewaltsam entzogenen Detention entspringen, sondern selbst, wenn man Real-Exekution anerkennt, kann doch der Commodatar nur darauf dringen, daß der Commodant ihm die Besitzklage gegen den Käufer abtrete. Denn welche justa et rationabilis causa hat der Commodatar gegen den Käufer? Dieser hat gekauft, vielleicht bereits bezahlt, jener nur entliehen, vielleicht einen Aufwand gemacht. Und welche justa et rationabilis causa hat der Käufer gegen den Commodatar? Beide verlangen nur von dem Besitzer dasselbe. Und ist der Besitzer gegenüber beiden Forderungen zusammen insolvent, so muß Jeder verhältnismäßig zurücktreten. Oder sollte der Commodatar, falls er keinen Pfand-Anspruch hat, vor dem Käufer sogar bevorzugt werden?

Gerade aus der Real-Exekution ergiebt sich daher die Nothwendigkeit noch mehr, den Anspruch nicht als dinglichen, sondern als thatsächlichen geltend zu machen. Würde aber der Detentor selbst die Entscheidung haben, ob justa et rationabilis causa vorhanden sei, so würde man damit die Inhabung als solche schützen. Dann aber würde z. B. gegen den Briefboten, der einen adressier-

ten Geldbrief unter der Behauptung, eine justa et rationabilis causa zu haben, nicht herausgiebt keine Nothwehr im Namen des Absenders möglich sein, weil eben die Inhabung als solche schützbar ist, also keine Rechtswidrigkeit in der Verweigerung der Herausgabe liege.

Das Resultat ist, daß die Retention nur Unterlassen der Rückgabe-Pflicht ist. Ein Sich zum Besitzermachen ist in der Regel mutatio causae sibi ipse: die einzige Ausnahme ist dann vorhanden, wenn die Inhabung auf Grund eines eventuellen Pfandrechtes bestellt ist.

Eine völlige Umkehrung der einfachen Sachlage ist es aber, wenn Klein Papinians Ansicht in fr. 44 poss. als eine Fortbildung des Nervaschen custodia-Begriffs, wie er ihn auffaßt, bezeichnet. Der Besitzer will verreisen und vergräbt deshalb eine Geldsumme unter der Erde. Fragt sich, ob er den Besitz verliert, wenn er nach seiner Rückkehr sich des Ortes nicht mehr entsinnen kann, wo er dieselbe verborgen. Papinian antwortet: Nein, solange nicht ein Anderer die Summe findet und an sich nimmt. Und zwar selbst dann nicht, wenn das Geld in fremdem Grund und Boden vergraben war.

Wo ist hier etwas von dem angeblichen Begriff Nervas: Beliebiges Ergreifen-Können zu finden? Alles ist in's Gegentheil verkehrt. Klein aber sagt: „Das Geld wird vergraben nicht blos, um es der Aneignung Dritter zu entziehen, sondern vor Allem, um es sich selber zu erhalten. Gegen wen? Gegen Dritte, ist die einzig mögliche Antwort. Meint er aber gegen Verderb, so dürfte es das schlechteste Mittel sein, die Summe zu vergraben. Aber abgesehen davon: Will Klein behaupten, daß man durch sorglose Behandlung des Objekts im Hinblick auf schädigende Ereignisse den Besitz verliere, — dann müßte der Besitz-Verlust ein sehr häufiger sein. Aber eine Quellenstelle wüßte ich dafür nicht.

Mit Recht betont Klein den Dualismus in der Lehre vom Besitz-Verlust bei Sklaven und einfachen beweglichen Sachen. Aber er hätte den Grund dieses Dualismus nicht in theoretischen Ansichten, sondern in dem Character des Objektes sehen sollen. Dann wäre für ihn auch die Frage wichtig geworden, ob nicht die Römischen Juristen bei den Thieren mit animus revertendi ein ähnliches Prinzip vertreten.

Damit genug über Kleins Abhandlung. Ein weiteres Eingehen auf die ferneren Kapitel würde nur bereits Gesagtes wiederholen.

Und nicht speziell Kleins Abhandlung galt es zu kritisieren, sondern jene inveterierte Richtung der Epigonen Savigny's, welche in kleinen Zeitabschnitten die sichtbaren Spuren eines Fortschreitens erkennen will. Das Gemeinsame, Leitende aus der Mannigfaltigkeit der Einzelfälle herauszufinden, ist wichtiger und richtiger, als durch Zerlegen Widersprüche herauszugraben. So hoch stehen wir doch gewiß nicht über den Römischen Juristen, daß wir einen Widerspruch zu erkennen vermögen, den sie nicht finden. Und nun gar die Thätigkeit dieser tiefen Denker als mechanisches Glied einer gesetzmäßigen historischen Kette betrachten!

Es ist ein Geheimnis um die Entwickelung des menschlichen Geistes. Glaubt man eben die Wegspuren entdeckt zu haben, — alsbald ist ein neckischer Kobold, Talent genannt, bei der Hand, der mit einem Male einen Seitensprung macht und so sicher seine Wege schreitet, als wären es längst betretene. In dem eigenthümlichen Spiral-Wege des zur Erkenntnis fortschreitenden Menschengeistes ist oft Rückschritt, was noch eben als Fortschritt erschien. Und umgekehrt. Da gleicht oft der Versuch, eine historische Entwickelung aufzufinden, den Experimenten, einen homunculus zu schaffen.

Und ist es mit den Thatsachen der Geschichte, dem corpus des Besitz-Erwerbes an den Gütern der Menschheit anders? „Kind, Kind! Nicht weiter! Wie von unsichtbaren Geistern gepeitscht, gehen die Sonnenpferde der Zeit mit unseres Schicksals leichtem Wagen durch; und uns bleibt nichts, als muthig gefaßt die Zügel festzuhalten, und bald rechts, bald links, vom Steine hier vom Sturze da die Räder wegzulenken. Wohin es geht, wer weiß es? Erinnert er sich doch kaum, woher er kam."

Nachwort.

Ich liebe nicht die Vorreden, in denen der Autor um freundliche Beurtheilung oder gewissermaßen um Entschuldigung bittet, daß er das Buch geschrieben habe. Desgleichen die Vorreden, in denen der Verfasser gewissermaßen die Flagge aufzieht, unter der er zu segeln hofft, so daß ihn diese vor Angriffen gegen seine eigenen Fehler bewahren soll. Auch Nachworte halte ich für dem Prinzip nach unrichtig. Die Nachrede, ob sie übel oder gut ist, muß man dem lesenden Publikum überlassen. Was nicht in dem Buch steht, kann man weder durch Vorrede noch durch Nachrede hineintragen, es sei denn durch ausdrückliche Correktur.

Ich liebe meinerseits in gewisser Weise die captatio malevolentiae, wenigstens in dieser Frage. Ich gestehe offen, daß ich im Interesse der Sache jeden nur denkbaren Widerspruch gegen die von mir vertheidigte Ansicht hervorrufen will. Mag man mich nur tüchtig durchhecheln, wenn ich Fehler gemacht habe. Das wird mich wohl zeitweise betrüben und entmuthigen; aber ich werde mich schon wieder zu erheben wissen, solange mir Leben und Verstand bleibt und ich im Recht zu sein glaube.

Eines beginnt indessen, mich an meiner „Methode" irre zu machen: es ist die Beobachtung, daß meine Rezensenten die Fähigkeit verlieren, den Grundgedanken meiner Arbeit nachzugehen. In dieser Hinsicht kann ich meinen Kritikern mit dem besten Willen nicht dankbar sein. Wer vermag, aus den Rezensionen im literarischen Central-Blatt, in der Mecklenburger Zeitschrift, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte und nun gar in der Zeitschrift für Handelsrecht auch nur annähernd zu errathen, um welche Fragen es sich handelt? Was nützt der Sache die Versicherung des Rezensenten, daß er nicht meiner Meinung sei?

Es thuen mir solche Rezensionen im Interesse der Sache wirklich aufrichtig leid, ganz abgesehen von der persönlichen Wehmuth, mit der mein Herz erfüllt wird. Denn solche Mittheilungen über mein Buch halten das lesende Publikum von der Lektüre ab. Und die größere Menge, um so mehr geneigt, nur Thorheiten in einem Buche zu suchen, je weniger sie eines eignen Urteils fähig ist, wird nicht belehrt, ja nicht einmal dadurch belehrt, daß sie die etwa in meinem Buche enthaltenen Fehler herauszufinden sucht. Oder sollte denn wirklich eine Arbeit, die es unternimmt, zu Resultaten hinzuführen, die mit der Römischen Lehre congruent sind, gar keiner Prüfung werth sein, obwohl die gemeinrechtliche Disciplin daran verzweifelt, ein einheitliches Prinzip zu finden?

Ich muß also der unfreundlichen Nachrede, die meiner ersten Schrift über den Besitz zutheil geworden ist, durch eine eigne Nachrede begegnen.

Wie aber soll ich es anfangen? Stoffliches enthält ja nur die Rezension des Herrn Professor Krasnopolski in Prag in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht 36. Band. Liebenswürdigkeit vermag ich von diesem mir leider persönlich unbekannten Herrn nicht in Anspruch zu nehmen. Und ich bin dazu auch zu stolz. Und ich wiederhole, ich habe die schärfste Kritik absichtlich provoziert!

Nur hätte Krasnopolski mich zunächst auch richtig citieren sollen. Unter Anführungszeichen führt er Sätze auf, welche in meinem ganzen Buch gar nicht stehen! Z. B.: Verfasser behauptet, „daß jedem Besitze eine servitus non faciendi aller Mitmenschen gegenüberstehe."

Das ist schlimm. Denn ich bin nicht in der Lage, meinem Rezensenten in derselben Zeitschrift eine Berichtigung zutheil werden zu lassen, weil diese das hoffentlich bald durch eine neue Preßgesetzgebung zu beseitigende Privileg hat, keine Berichtigungen aufnehmen zu müssen, und von diesem Privileg auch Gebrauch gemacht hat.

Das ist sehr schlimm, und zwar für Krasnopolski. Denn er zeigt dadurch, daß er den Grundgedanken meiner Arbeit nicht durchgedacht hat.

So kommt es, daß er auch wirkliche Irrthümer, welche ich begangen habe, zwar nicht übersieht, aber als mit meiner Grundansicht innig verbunden betrachtet und gar nicht erkennt, daß dieselben in grellem Widerspruch zu derselben stehen. Dazu gehört vor Allem meine Abhandlung über die naturalis possessio. Meine Darlegung derselben auf S. 5 ff. leidet an einer unzweifelhaften Duplizität, die allerdings erst bei der Correctur der Druckbogen hineingekommen ist. In der vorliegenden Schrift aber glaube ich, Alles klargestellt zu haben. Aber wie wunderbar einheitlich muß doch die instinktiv ge-

wordene Besitzlehre des R. R. sein, wenn meine in der Anmerkung S. 17 begangene Ketzerei sich so bitter rächt!

1) Was fr. 44 poss. betrifft, so wird mein Herr Rezensent in der Abhandlung über Kleins Werk die Erwiderung finden.

2) fr. 195 § 2 D. 50,16 habe ich ungenau erklärt. Aber ich möchte fragen, ob dies meiner Meinung Eintrag thut, daß dominium der Gesammtbegriff für das Recht des paterfamilias ist? Und selbst wenn dies nicht der Fall, ob dann die Unterscheidung von manus und potestas hinfällig wird? Wer aber die Kritik liest, muß den Eindruck gewinnen, als ob auf diesem Satze mein ganzes Prinzip beruhte.

3) Ganz dasselbe ist es mit fr. 7 § 16—19 D. 42,4. Krasnopolski citiert hier von den 4 Paragraphen nur § 16, nicht auch § 17, den ich, wie jeder Unparteiische erkennen wird, im Auge habe. Richtig ist aber, daß Celsus missio in possessionem rei nur gegen den absens non defensus anerkennt. Dadurch wird die Wahrscheinlichkeit gesteigert, daß auch diese missio keinen Besitz begründete, und somit fiele sogar dieser mir selbst gemachte Einwand.

4) Unrichtig ist auch meine Interpretation von fr. 15 § 3 Dig. 4,6. Ich gebe zu, daß detentatio hier schlechthin für possessio gebraucht ist.

Durch Berichtigung der 3 letzten Quellenstellen ist also meine Ansicht nur neu befestigt. Und man möge daraus entnehmen, ob Krasnopolski durch Angriff auf diese Fehler meine Meinung bekämpft und widerlegt hat, wie er sich den Anschein giebt.

Unrichtig ist ferner die Behauptung Krasnopolskis, daß ich von einer allgemeinen obligatio oder servitus non faciendi spreche. Die ganze Abhandlung S. 37 ff. beweist, daß ich nur von der negativen Seite aller positiven Rechte spreche und daher obligatio non faciendi und servitus non faciendi unterscheide.

Was weiterhin das „neutrum nostrum“ in fr. 3 pr. D. 43,17 betrifft, so bekenne ich, auf diese „Entdeckung“ trotz Krasnopolskis Spott stolz zu sein. Da ich mich hier auf die Florentina zu stützen vermag, so befinde ich mich in sehr guter Gesellschaft. Besitzen mehrere gemeinschaftlich, so ist ein solches neutrum nicht vorhanden. Treten aber sich zwei Gegner in einem Interdictum duplex entgegen, indem jeder den Ausschluß behauptet, so ist das neutrum nostrum von selbst gegeben.

Wenn endlich Krasnopolski mit solchem Aplomb an den Schluß seiner Kritik meinen Satz stellt: „der Besitzwille ist dolus bonus, die Retention culpa bona“, so hätte er doch auch die Stelle danebensetzen sollen, auf die ich diese Meinung gründe, nämlich fr. 20 poss. Was ich damit meine, wird jeder Jurist verstehen und auch in der obigen Abhandlung weiter erklärt finden.

Auf den Vorwurf, nicht den römisch-rechtlichen Begriff dargestellt zu haben, antworte ich mit folgender Tabelle:

Frage	Antwort.		
	Corpus Juris. R. R.-Quellen	Meine Schrift	Gemeinrechtliche Disciplin
1. Ist der animus domini Element des Besitzes?	Nein	Nein	Ja
2. Gibt es einen abgeleiteten Besitz?	Nein	Nein	Ja
3. Ist der Faustpfandgläubiger Besitzer?	Ja	Ja	? historisch, positiv
4. Ist der Sequester Besitzer? .	unter Umständen	unter Umständen	? historisch,
5. Ist der Prekarist Besitzer? .			? positiv
6. Ist der Emphyteut und Superfiziar Sach-Besitzer?	Nein	Nein	historisch, positiv
7. Ist der Nießbraucher Sach-Besitzer?	Nein	Nein	? ?
8. Ist der Miether und Pächter Besitzer?	Nein	Nein	Unbegreiflich
9. Giebt es eine naturalis possessio ohne Willen?	Ja	Ja	Unbegreiflich
10. Giebt es ein constitutum poss. als besonderen Akt?	Nein	Nein	Ja
11. Giebt es eine brevi manu traditio als besonderen Akt?	Nein	Nein	Ja
12. Giebt es eine longa manu traditio als besonderen Akt? . . .	Nein	Nein	Ja
13. Wird der Besitz nur utroque in contrarium act o verloren? . .	Ja	Ja	Nein
14. Ist die naturalis possessio ein einheitlicher Begriff?	Ja	Ja	Nein

Zum Schluß noch eine Bemerkung zu der ketzerischen Ansicht in der Anmerkung auf S. 17. Der Gedanke, der mir vorgeschwebt und der mich irre geführt hat, ist folgender:

Die Obligation bewirkt eine Haftung des Vermögens des Schuldners. Diese Haftung begründet nicht naturalis possessio an dem der Schuld entsprechenden ideellen Theil der bona; sondern der der naturalis possessio entsprechende Ausschlußzustand ist für den Schuldner vorhanden. Auch ein der civilis possessio analoges Verhältnis ist zu Gunsten des Gläubigers durch die Obligation noch nicht begründet. Vielmehr darf man ein der Hypothek analoges Verhältnis annehmen. Je mehr aber die Schulden zunehmen oder das Vermögen abnimmt, desto mehr schwindet der ideelle Theil, an dem der Gläubiger ein Recht auf den Besitz hat. Dieses Verhältnis drückt sich in dem Römischen Conkurs-Verfahren sehr plastisch aus.

Gehen wir aber von den bona aus, so fragt es sich, ob es nicht Verhältnisse giebt, bei denen der sog. Schuldner nur naturalis possessio hat, der Gläubiger aber eine Art civilis possessio? Vielleicht erklären sich in dieser Weise die Inhaber-Papiere. Frei-

lich aber läßt sich die Natur der Inhaber=Papiere nicht aus dem Corpus Juris beweisen; aber vielleicht vermag doch die Klarlegung des der possessio zu Grunde liegenden Gedankens zu einer einfachen Construktion dieser noch sehr im Argen liegenden Lehre zu führen. Wir werden dann auch von dem wundersamen „Eigenthum an Forderungen“ erlöst.

Zusätze und Berichtigungen.

Zu S. 22 Zeile 15 v. u.: Der Gedankengang bis zu werden braucht. Die in diesem Passus behauptete Zeitfolge der Iheringschen Gedanken ist unrichtig und verfehle ich nicht anzuerkennen, daß ich im Irrthum Ihering Unrecht gethan habe.

Mein Irrthum beruht darauf, daß ich bis zur Revision des ersten Correctur-Bogens nicht bemerkt hatte, daß der „vierte Brief eines Unbekannten" schon aus dem Jahre 1853 (Deutsche Gerichtszeitung Jahrgang V Nro. 23) stammt. Auch theilt Ihering mit, daß er seine Ansichten schon im Jahre 1846 dem verstorbenen Marezoll mitgetheilt habe (Besitzwille, Vorrede S. VI). Die Zeitfolge der Iheringschen Gedanken ist also die gerade umgekehrte. Iherings Ausgangspunkt war der Zweifel an dem Savignyschen animus domini; ein Zweifel, der allerdings älter ist, als Iherings Lehrthätigkeit.

Sachlich ändert diese Zeitfolge an der Frage indessen Nichts. Ihering ist nicht durch die logische Consequenz zu seiner Ansicht gekommen, sondern er gieng von derselben aus.

Was zunächst den von Ihering (Scherz und Ernst S. 67) sehr lustig dargestellten Fall betrifft, so ist, selbst wenn wir uns auf Iherings Standpunkt stellen, zweierlei übersehen:

1. daß der Eid ein sehr wirksames Beweismittel ist, um über den innern Willen Auskunft zu erhalten. Ob wir auf dieses allerdings letzte Refugium gänzlich verzichten können, vermag ich nicht zu entscheiden. Nur fällt mir unwillkürlich der Gegensatz zwischen dem eifrigen Streben, ein Verfahren zu erdenken, welches möglichst sicher die materielle Wahrheit zu finden im Stande ist und den Bedenken gegen den Parteien- und richterlichen Eid in die Augen!

2. übersieht Ihering, daß judicium jus facit inter partes, so daß der Gegner keinen Einwand aus dem Rechte eines Dritten erheben kann.

Damit habe ich mich auf Iherings eignen Standpunkt gestellt. Von diesem aber abgesehen, ist der Fall auf S. 67 ff. gar nicht zu entscheiden, weil Ihering von Begriffen anstatt von Thatsachen ausgeht. Dejection und Detention sind Begriffe und keine Thatsachen. Der Fall, so praktisch er auch aussieht, ist doch nur eine theoretische Frage. Die Thatsachen, aus denen diese Begriffe genommen, erfahren wir nicht.

Was insbesondere die Detention bei Grundstücken bedeute, bei Grundstücken, welche nur dem Feldbau dienend, jährlich vielleicht 3—4 mal betreten oder „innegehalten" werden, bei Grundstücken, welche solo animo besessen werden, — dies müßte mir Ihering oder irgend einer seiner beflissenen Vertheidiger erst klar machen, ehe ich den Streit für fruchtbar halten kann. Bis dahin betrachte ich die Debatte als pro nihilo. Und ich glaube, daß Ihering in dem Fall S. 67 ff. nicht nur den animus domini, sondern wider Willen auch das Schattengebilde der „Detention" bekämpft hat.

Auch daran muß ich festhalten, daß das Äußerliche einer That einen ganz verschiedenen Willen bergen kann, insofern es sich um die Beziehung zu den Mitmenschen handelt. Und selbst insofern es sich um die Beziehung zu der körperlichen Außenwelt handelt, kann Verschiedenes gewollt sein. Es bleibt uns Nichts, als auf die begleitenden Umstände, welche keineswegs Wirkungen der That sein müssen, zurückzugehen, um aus dem Zusammenhang mit dem Äußeren der That den Willen zu entnehmen.

Endlich bleibt die Thatsache bestehen, daß durch Verschmelzung von animus (a) und corpus (c) das Problem nicht gelöst ist. Ich gehe sogar noch weiter; ich behaupte, die Iheringsche Formel compliziert die Sachlage beim sog. abgeleiteten Besitz noch mehr. Denn in Wirklichkeit muß dieser Besitz nach Ihering so lauten: $x = a + c - n + z$. Denn für Ihering ist die Detention $a + c - n$; zu dieser muß wieder von Neuem eine Größe hinzutreten, um sog. abgeleiteten Besitz zu gestalten.

Mit aller Schärfe also muß ich Ihering entgegentreten; um so lauter und bestimmter, als Iherings Ansicht so viele laute Vertheidiger gefunden hat, welche unter gänzlicher Außerachtlassung entgegenstehender Bedenken das Iheringsche Buch über den Besitzwillen als eine Offenbarung verkünden.

Es ist eine Art Nothstand vorhanden. Es ist Gefahr im Verzuge. Nicht so schnell, wie Zeitungen, verbreiten sich die meisten Bücher im Publikum. Und wie lange wird es dauern, bis wir den revidierten Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch vor uns haben? Sollen wir das Erbübel des Gemeinen Rechts, die Spolienklage, mit übernehmen? „Wenn der Schluß von der Schlehe auf den Schlehbusch berechtigt ist", so ist Pseudo-Isidor ein Lügen-Peter gewesen.

Zu S. 42 Z. 3 u. 4. Ich bin nicht mehr näher auf § 3 k des Strohalschen Entwurfs eingegangen, weil ich ihn implicite bereits zu § 2 (S. 33) kritisiert hatte; wie ich ja zu Bähr und Bekker mich ausführlich über denselben geäußert habe. Ich wiederhole nochmals die Frage, wie sich Strohal den possessorischen Schutz des Nutzbesitzers eigentlich denkt? Soll derselbe ohne Nachweis des Mieth-Vertrages geschützt sein? Wie lange? — ad infinitum, obwohl doch jeder Nutzbesitz seiner Natur nach zeitlich begrenzt ist? Oder solange, wie der Nutzbesitzer Besitz zu haben behauptet? Und soll der sog. Eigen-Besitzer dann den Nachweis führen, daß kein Vertrags-Verhältnis bestehe?

Zu S. 74. Bähr Nro. XI Schema: Bei Irrthum (Betrug) denke ich an Irrthum des Besitz-Veräußerers, nicht an den Irrthum desjenigen, welcher irrthümlich fremden Besitz occupiert hat. So ist auch

Zu S. 76 Bähr Nro. XVI der Satz: „ob — zuständig war" abzuändern: ob Interdictum retinendae, recuperandae possessionis oder condictio possessionis zuständig war.

Zu S. 118. Den Passus: Wenn Paulus R. S. V, 2, § 1 auf Zeile 17 bis Gajus IV § 153 halte ich nicht aufrecht. Meine Gegner werden daraus mit Frohlocken die Widerlegung meiner Ansicht entnehmen: Man streiche den ganzen Passus und wird dabei nicht die mindeste Unterbrechung meines Gedankenganges finden. Nach wie vor steht fest, daß es sich beim corpus nicht um ein Sich-in-Beziehung-Setzen zu der Sache, sondern zu den Mitmenschen handelt. Handelte es sich nicht um Erkennbar-Werden, handelte es sich nicht darum, daß der Erwerber sich zu den Mitmenschen nur durch einen körperlichen Vorgang in Beziehung setzen kann, sondern um eine Beziehung zum Grundstück, so wäre das corpore adipisci possessionem Unmöglichkeit. Denn es läge dann keine Beziehung des Vertretenen zum Grundstück vor. Oder gehorcht etwa das Object dem Vertreter nur deshalb, weil es der Vertretene befohlen hat?

Druck von C. Brügel & Sohn in Ansbach.

Bögl

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Stintzing, Wolfgang,

Zur Besitzlehre kritische Streifzüge

München 1892
J.rom.m. 477 pb
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637899-9